

# Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 204

Brasília | outubro – dezembro/2014

Ano 51



SENADO FEDERAL





# **SENADO FEDERAL**

Mesa

Biênio 2013 – 2014

Senador Renan Calheiros

**PRESIDENTE**

Senador Jorge Viana

**PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE**

Senador Romero Jucá

**SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE**

Senador Flexa Ribeiro

**PRIMEIRO-SECRETÁRIO**

Senadora Ângela Portela

**SEGUNDA-SECRETÁRIA**

Senador Ciro Nogueira

**TERCEIRO-SECRETÁRIO**

Senador João Vicente Claudino

**QUARTO-SECRETÁRIO**

## **SUPLENTES DE SECRETÁRIO**

Senador Magno Malta

Senador Jayme Campos

Senador João Durval

Senador Casildo Maldaner



Brasília | ano 51 | nº 204  
outubro/dezembro – 2014



#### FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETOR-GERAL: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. REVISÃO DE ORIGINALS: Kilpatrick Campelo, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Bianca Rossi. REVISÃO DE PROVAS: Larissa Fernandes, Stella Tavares e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Letícia Tôres. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Gustavo Magalhães. FOTO DA CAPA: Regina Lucia de Sousa Rodrigues.

CORPO TÉCNICO: Alessandro Hirata – Adriana Alves Zaban – Ana Carla Bliacheriene – Ana Carolina da Motta Kohlitz – Ana Lucia Romero Novelli – Antônio Flávio Testa – Arlindo Fernandes de Oliveira – Benedito Cerezo Pereira Filho – Benjamin Miranda Tabak – Caetano Ernesto Pereira de Araújo – Camilo Zufelato – Carlos Fernando Mathias de Souza – Carlos Henrique Rubens Tomé Silva – Cláudio Araújo Reis – Cynthia Carneiro – Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Eduardo Saad Diniz – Fabiana Severi – Fabiano Augusto Martins Silveira – Fernando Boarato Meneguim – Flávia Orsi Leme Borges – Flávia Santinoni Vera – Frederico Quadros D’Almeida – Gilberto Guerzoni Filho – Gustavo Saad Diniz – Ivan Dutra Faria – Jair Aparecido Cardoso – João Henrique Pederiva – João Trindade Cavalcanti Filho – José Carlos Evangelista Araújo – Leany Barreiro de Sousa Lemos – Luiz Renato Vieira – Lydia Neves Bastos Telles Nunes – Marcio de Oliveira Junior – Márcio Pereira P. Garcia – Marco Aurélio Gumieri Valério – Marcos Magalhães de Aguiar – Marcos Paulo da Rocha Eirado – Maria Luiza de Freitas Valle Egea – Nuno M. M. Coelho – Paulo Henrique Soares – Paulo Lopo Saraiva – Paulo Ricardo dos Santos Meira – Pérsio Henrique Barroso – Rafael Silveira e Silva – Renato Monteiro de Rezende – Ronaldo Costa Fernandes – Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior – Rubens Beçak – Rudinei Baumbach – Sebastião Sérgio da Silveira – Tarciso Dal Maso Jardim – Tatiana Lacerda Prazeres – Thiago Cortez Costa – Thiago Marrara – Tiago Ivo Odon – Valério de Oliveira Mazzuoli

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 34.05

CDU 34(05)

---

Publicação trimestral da  
Coordenação de Edições Técnicas  
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes  
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579  
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta. / Pídesse canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

# Sumário

- 7 **Incursões sobre o Direito na obra de Claude Lévi-Strauss**  
**Uma discussão antropológica fundamental para o Direito contemporâneo**  
Mariah Brochado
- 25 **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil**  
**Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira**  
Paulo Roberto Barbosa Ramos  
Jorge Ferraz de Oliveira Junior
- 43 **Contratos de transferência de tecnologia**  
**Custos de transação *versus* desenvolvimento**  
Marcia Carla Pereira Ribeiro  
Marcelle Franco Espíndola Barros
- 67 **Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro**  
**O caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente**  
Heron José de Santana Gordilho  
Thiago Pires Oliveira
- 91 **Igualdade, não discriminação e direitos humanos**  
**São legítimos os tratamentos diferenciados?**  
Fernanda Frizzo Bragato  
Bianka Adamatti
- 109 **Obrigações internacionais para criminalização do terrorismo e modelos de implementação**  
**Principais opções para o legislador brasileiro**  
Sven Peterke
- 121 **Defensoria Pública e ação civil pública**  
**Uma discussão sobre legitimidade e democracia**  
Cíntia Garabini Lages  
Lucélia de Sena Alves

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 139** **Repúblicas em conflito**  
**A separação dos poderes *made in America***  
Claudio Felipe Alexandre Magioli Núñez  
Fernando Quintana
- 163** **Participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa sob a ótica constitucional**  
**Direito do trabalhador ou faculdade do empregador?**  
Maria Hemília Fonseca  
Guilherme Adolfo dos Santos Mendes  
Gustavo Campoli Machado
- 179** **O não cumprimento dos contratos de licença e uso de *software* e sua distribuição indevida por não detentor de direito autoral**  
Alex Bastos Costa  
Hadassah Laís S. Santana  
Wilson B. Almeida
- 203** **A participação dos povos indígenas e tribais**  
**Oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai (IN FUNAI 01/2012)**  
Eduardo Fortunato Bim
- 231** **O sistema de cotas de gênero para cargos eletivos**  
**Estudo empírico da justificção de sua permanência**  
Morton Luiz Faria de Medeiros
- 247** **Juízos morais, decisões judiciais e superendividamento**  
Marília de Ávila e Silva Sampaio
- 269** **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**  
Ricardo Quartim de Moraes

#### **Resenha Legislativa da Consultoria Legislativa do Senado Federal**

- 289** **Sociedade anônima simplificada**  
Leonardo Garcia Barbosa

# Incursões sobre o Direito na obra de Claude Lévi-Strauss

Uma discussão antropológica fundamental para o Direito contemporâneo

MARIAH BROCHADO

## Sumário

1. Introdução. 2. A Antropologia e sua versão estruturalista. 3. Incursões sobre o Direito na Antropologia estrutural de Claude Lévi-Strauss. 4. Da senda aberta por Lévi-Strauss ao pluralismo jurídico hoje: reflexões sobre o Direito contemporâneo. 5. Considerações finais.

“O grande defeito dos europeus é estarem sempre a filosofar sobre as origens das coisas segundo o que se passa a sua volta.” (Rousseau, em *Ensaio sobre a origem das línguas*, citado por Lévi-Strauss, em *O olhar distanciado*)

## 1. Introdução

Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG; Coordenadora do Núcleo de Estudos *Paideia* Jurídica, da UFMG. Possui mestrado e doutorado pela Faculdade de Direito da UFMG, e pós-doutorado pela Philosophisches Fakultät/Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha. Pesquisa nas áreas de Ética, Hermenêutica e Direitos Humanos.

Claude Lévi-Strauss viveu mais de um século: nasceu em 28 de novembro de 1908 e faleceu em 30 de outubro de 2009, deixando uma obra filosófica, antropológica e etnológica monumental em que se destacam mais de 50 anos de sua trajetória científica dedicados ao estudo dos índios americanos. Foi responsável pela ampliação do debate antropológico para além da descrição das formas de vida exóticas, especialmente pela adoção do estruturalismo em suas investigações. É considerado o fundador da Antropologia estruturalista em meados da década de 50. Foi professor honorário do *Collège de France*, catedrático em Antropologia Social e membro da Academia Francesa. Foi professor de Sociologia da Universidade de São Paulo entre os anos de 1934 e 1939, a convite de Celestin Bouglé. Excursionou pelo Brasil, especialmente pelo Brasil central, experiência que, segundo suas próprias palavras, despertou sua vocação



para a Antropologia e o inspirou a escrever *Tristes Trópicos*, em 1955, tendo já publicado em 1949 sua famosa tese *As Estruturas Elementares do Parentesco*, obra inaugural de sua Antropologia estruturalista e marca indelével de seu pensamento.

A informação que talvez possa passar despercebida ao lançar-se um breve olhar sobre a trajetória de Lévi-Strauss é o fato de ele ter-se bacharelado em Direito antes de se graduar em Filosofia. O Antropólogo não dedicou monografia alguma especificamente às discussões sobre a Ciência Jurídica de seu tempo, mas, numa leitura mais atenta de alguns pontos de sua obra, podemos encontrar várias incursões sobre os fundamentos do Direito, particularmente nas suas críticas à versão humanista renascentista e moralista, típica do homem eurocêntrico (e etnocêntrico, portanto), proposta pela Filosofia tradicional.

Este texto pretende trazer algumas referências sobre *Direito e justiça* no pensamento de Claude Lévi-Strauss, com a expectativa de que suas ideias sejam revisitadas nas investigações atuais no Brasil, reacendendo o debate entre Juristas e Legisladores, que há décadas passam ao largo das contribuições legadas por esse grande gênio e arquiteto da Antropologia e da Etnologia Ocidentais, que estabeleceu laços tão marcantes com a cultura brasileira. Apresentamos suas reflexões de inspiração antropológica estrutural sobre as bases das experiências sobre Direito e justiça em comunidades *simples e complexas*, visando a contribuir com o debate jurídico atual, especialmente no que concerne à *diversidade cultural* e a práticas *antixenofóbicas*, temas extremamente caros às reflexões jurídicas contemporâneas.

## 2. A Antropologia e sua versão estruturalista

Conforme nos esclarece Henrique Claudia de Lima Vaz (1998, p. 132), a expressão *Antropologia Filosófica* teve difusão a partir da primeira metade do século XX, sobretudo nos círculos de influência *marxiana* e *scheleriana*, mas suas origens podem ser atribuídas ao pensamento de Kierkegaard e Nietzsche. Vaz (1998, p. 9) inicia sua introdução à Antropologia Filosófica mencionando que, desde a aurora da cultura ocidental, a reflexão sobre o homem, conduzida pela interrogação fundamental “o que é o homem?”, permanece no centro das variadas expressões da cultura, como nos mitos, na literatura, na ciência, na filosofia, no *ethos* e na política.

“Nela emerge com fulgurante evidência essa singularidade própria do homem que é a de ser o interrogador de si mesmo, interiorizando reflexivamente a relação sujeito-objeto por meio da qual ele se abre ao mundo exterior” (VAZ, 1998).

Vaz segue esclarecendo que, desde o final do século XVIII, as investigações filosóficas sobre o homem passam a estabelecer relações com o conteúdo e os procedimentos metodológicos tanto das novas ciências do espírito (*human sciences* ou *Geisteswissenschaften*), como com as ciências da vida, à medida que estas passam a investigar intensamente o *ser biológico do homem* (VAZ, 1998, p. 9-10).

Vaz (1998, p. 135-141) cataloga, sem pretensão de exaustão, três modelos antropológicos de reflexão, todos eles conservando a ideia do *homem universal*, seja pensado como “existente” (*Dasein*, *Existenz*, ou *pour-soi*), e aqui temos a Antropologia existencial; seja como “pessoa”, segundo o modelo da Antropologia personalista; seja considerado em sua singularidade biológica, ou ainda em sua posição axial no fluxo da evolução, nos moldes de uma Antropologia materialista.

O autor atenta para o risco da expressão “modelos da antropologia filosófica contemporânea”, considerando, talvez, mais prudente o emprego da expressão modelos de “imagens do homem” em perspectiva filosófica, como sugere Max Müller.

Para os limites de reflexão deste artigo, importa-nos situar a Antropologia de Claude Lévi-Strauss. Vaz atesta que o próprio Lévi-Strauss admite ser sua Antropologia estrutural uma espécie de Antropologia materialista, e indica a leitura de *O pensamento Selvagem*, de 1962, para a compreensão mais apurada das bases de seu pensamento antropológico (VAZ, 1998, p. 140; 154). As versões da Antropologia materialista

“se caracterizam pelo fato de assumir como referência epistemológica básica uma determinada ciência que passa a ser considerada como *ciência normativa* para o conhecimento global do homem e para o desenho do *modelo* do homem que se considera ratificado pelo conhecimento científico. Entre as ciências

que mais frequentemente inspiram essas imagens ‘científicas’ do homem convém enumerar as ciências das origens (Paleontologia e Pré-história humanas), a Biologia humana, as Psicologia profundas, a Linguística e a Etnologia. Os modelos do homem que se inspiram na ciência das origens são geralmente delineados na perspectiva da teoria da Evolução, que inspirou versões evolucionistas e biologistas, mas também modelos antropológicos espiritualistas, como os de Bergson e Teilhard de Chardin” (VAZ, 1998, p. 139-140).

A Antropologia de versão *estruturalista* de Lévi-Strauss é inspirada pela Linguística e pela Etnologia, tal como o é a versão *hermenêutica* de inspiração espiritualista de Paul Ricoeur, que relaciona filosofia da linguagem à tradição personalista (VAZ, 1998, p. 140). Como assevera o próprio Lévi-Strauss,

“o etnólogo não se sente obrigado, como o filósofo, a tomar como princípio de reflexão as condições de exercício de seu próprio pensamento, ou de uma ciência que é a de sua sociedade e de seu tempo, a fim de estender essas constatações locais a um entendimento cuja universalidade só pode ser hipotética e virtual. Preocupado com os mesmos problemas, ele adota um procedimento duplamente inverso. Prefere, à hipótese de um entendimento universal, a observação empírica de entendimentos coletivos, cujas propriedades, de certo modo solidificadas, lhe são reveladas por inumeráveis sistemas concretos de representação” (LÉVI-STRAUSS, 2004, p. 29-30).

O surgimento e o uso da expressão estruturalismo são atribuídos a Ferdinand Saussure, em seu famoso *Cours de linguistique générale*, obra publicada após sua morte, em 1916. Saussure pretendia abordar qualquer língua como um *sistema* no qual todos os elementos integrantes teriam sua definição segundo as relações de equivalência e de oposição estabelecidas entre eles, sendo o conjunto dessas relações entre elementos a *estrutura* do próprio sistema.

O método estrutural foi empregado na análise das várias manifestações culturais da época, inspirando as Ciências, a Literatura, as Artes e a Filosofia, buscando-se explorar as inter-relações ou estruturas através das quais os significados são construídos culturalmente. Outro autor de grande expressão no emprego do método estruturalista foi Roman Jakobson, lingüista russo que lecionou juntamente com Lévi-Strauss nos Estados Unidos.

André Lalande (1951, p. 1030-1031, tradução nossa) apresenta-nos a caracterização da *Psicologia Estrutural*, que se distingue da *Psicologia Funcional* pelo método de abordagem e solução dos fenômenos: a Psicologia Estrutural considera os fenômenos psicológicos tanto em seus elementos, tais como sensações, imagens, tendências, etc, quanto pela determinação de suas dimensões, como a intensidade e a durabilidade. Ela é analítica, lança seu olhar sobre a composição dos processos mentais, e quais são uma operação mental, uma atividade, de modo que ela se ocupa também da técnica desta atividade. Ela se interessa pelo *como* dos fenômenos, seus funcionamentos internos.

O estruturalismo, segundo Roland Barthes, não poderia ser definido propriamente como uma “Escola de Pensamento” ou um movimento, mas sim como uma *atividade*, de modo que cabe falar de atividade estruturalista do mesmo modo que se fala da atividade surrealista (BARTHES apud MORA, 2001a, p. 924). De todo modo, trata-se de uma tendência de grande influência sobre o pensamento ocidental, e sua ideia fundante é a de que o espírito humano funciona segundo elementos universais, atemporais, que perpassam todo o modo de pensar dos seres humanos. E todo o pensamento opera segundo pares de oposições, que se expressam e são similares nos mitos e simbologias de todas as culturas, como, por exemplo, o cru que passa ao cozido, como no título da obra de Lévi-Strauss.

Em *As Estruturas Elementares do Parentesco*, o autor explora profundamente essa metodologia, por ele considerada plenamente legítima, entre tantas outras apresentadas pelos saberes filosóficos em geral e antropológicos em particular.

Em *O homem nu*, Lévi-Strauss define a abordagem estruturalista como uma espécie de consideração que se estende para além dos fatos empíricos, constatando as relações que os unem, sendo essas relações mais simples e inteligíveis do que as coisas entre as quais elas se estabelecem (LÉVI-STRAUSS, 2011, p. 616).

A propósito, Ferrater Mora (2001a, p. 923) observa que

“as estruturas são inacessíveis à observação e a descrições observacionais. Por outro lado, não são resultado de nenhuma indução generalizadora. Por esse motivo às vezes se alegou que, propriamente falando, não há estruturas. Em alguma medida, elas não existem, ao menos no sentido de que existem objetos ou propriedades de objetos. As estruturas não são, portanto, equiparáveis a realidades últimas, de caráter metafísico. Elas são, metodologicamente falando, princípios de explicação, e, ontologicamente falando, formas segundo as quais as realidades se articulam.”

Uma das versões mais bem formuladas posteriormente ao modo de pensar estruturalista (de certa forma, sua legatária) foi a formulação do *sistemismo* (ou *teoria geral de sistemas*), inaugurado com os trabalhos do biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy, entre 1950 e 1968. Trata-se de uma teoria que, desenvolvida a partir da *Biologia Organística* como estudo de sistemas biológicos, se opunha a todo reducionismo e a todo atomismo, dando prevalência à noção de *todo*, às ideias de totalidade, estrutura de funções e finalidade, em especial sob a forma de auto-regulação (MORA, 2001b, p. 2707). Um dos pontos dessa tese consiste na distinção de duas classes de sistemas: os naturais, em sentido

real, ontológico; e os cognoscitivos, em sentido metodológico e conceitual. E daí toda a realidade (natural ou social) se divide em sistemas: sistemas físicos, orgânicos, ecossistemas, sistemas sociais etc.

“O importante na concepção de ‘sistemas’ propugnada pela teoria geral dos sistemas é reconhecer que em vez de reduzir um dado número de elementos, em princípio indefinido, a um número finito de elementos simples, cada elemento do sistema pode estar relacionado diversamente com cada um dos demais elementos, inclusive de forma recorrente (e recursiva).” Daí o destaque para a noção de interdependência” (MORA, 2001b, p. 2707).

A teoria dos sistemas teve ampla repercussão entre as décadas de sessenta e oitenta, especialmente após os trabalhos do biólogo Humberto Maturana e a aplicação dessa teoria à análise social formulada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. A concepção de Direito como sistema pode ser encontrada nas obras de Claus-Wilhelm Canaris (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*), em Norberto Bobbio, entre outros, tendo sido exaustivamente adotada nas propostas de definição do objeto da Ciência do Direito como *ordenamento jurídico* (e não apenas como *norma jurídica*) e suas características de unidade, completude, coerência etc.

### 3. Incursões sobre o Direito na Antropologia estrutural de Claude Lévi-Strauss

Ao nos perguntarmos por que pensar o Direito a partir do pensamento de Lévi-Strauss, remetemo-nos a uma pequena, mas significativa passagem do livro de Catherine Clément sobre o autor: “A cultura é um emaranhado de códigos regulamentares do conjunto da vida cotidiana, psiquismo compreendido” (CLÉMENT, 2003, p.

33). E a reflexão sobre a proibição do incesto é a base da normatividade cultural.

Segundo Jean Jacques Sarfati (2008), em *Spécial Claude Lévi-Strauss*, na época da publicação de *As Estruturas Elementares do Parentesco*, o debate jurídico se dividia entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, ambos pessimistas com relação a um ideal universal de justiça como fundamento do Direito, mas divergentes quanto à própria concepção de Direito. Kelsen o toma em sentido técnico, como *limite* aos abusos de poder:

“Kelsen é positivista jurídico no sentido de que se orienta para o estudo científico do direito positivo, sendo o problema da justiça uma questão ética. O que cabe ao Direito abordar é o problema da *validade* das normas jurídicas, isto é, se há compatibilidade das normas entre si, se a autoridade que pôs a norma tinha ou não poder (autorização em norma) para fazê-lo, e se a norma não foi anulada” (REALE; ANTISERI, 1994, p. 909-910).

Ao contrário, Carl Schmitt considera o Direito um *álibi* do poder, o reflexo das lutas de dominação humana:

“Carl Schmitt se situe dans la lignée des penseurs réactionnaires tels Donoso Cortés, Hobbes et Joseph de Maistre. Comme Kelsen, Schmitt ne croit pas qu’il soit possible de mettre les hommes d’accord sur un idéal universel de justice. Toutefois, à l’opposé de son rival, il méprise le droit positif qu’il tient pour un habile maquillage destiné à masquer sa réalité qui n’est autre que celle d’être l’alibi du pouvoir, le reflet des luttes d’intérêts et la résultante de la domination de l’homme par l’homme” (SARFATI, 2008).

Lévi-Strauss não pode assumir tais posições e encontra-se numa encruzilhada quanto à percepção do Direito do seu tempo. Como discípulo de Rousseau, não pode assumir o jusnaturalismo do antigo regime, o qual Kelsen refere ao pensamento primitivo. Como defensor

do pensamento selvagem, não pode aceitar a crítica positivista e aceitar o legado intelectual Iluminista de que o Ocidente é o ponto máximo de chegada da civilização mundial, face aos horrores deflagrados nas grandes guerras. Por fim, não pode aceitar o ideal kantiano de que o povo se constitui em Estado por princípio racional, no que acaba se opondo a Rousseau, que também acredita numa origem hipotética, mas contratual do Estado – de resto, como outras teses racionalistas sobre a origem do Estado (SARFATI, 2008).

O autor propõe então uma saída conciliatória: partindo do método estruturalista, pretende refletir sobre a *proibição do incesto* como uma *estrutura fundante* do Estado e do Direito, o que preserva o multiculturalismo (contra o eurocentrismo) sem cair em propostas relativistas, tendo em vista que tal *estrutura é universal*.

O incesto é tematizado no segundo capítulo de *As Estruturas Elementares do Parentesco* (1949). Conforme alerta Sarfati (2008), a obra deve ser entendida em três etapas.

Em primeiro lugar, a cultura é entendida como tendo por missão organizar a natureza e, nesse sentido, Lévi-Strauss é culturalista. Por influência de Rousseau, questiona em que medida a cultura primitiva tem efeito puramente negativo ao delimitar as fronteiras da humanidade face aos grupos tribais. Sendo culturalista, admite a existência de direitos positivos relativos, mas sem negar a existência de uma natureza universal que aproxima os homens, a qual ele pretende confirmar.

Por outro lado, seu naturalismo é moderado, pois ele não pretende advogar um darwinismo cultural. Portanto, ele rejeita o etnocentrismo ocidental, mas não rejeita o progresso cultural, favorecedor que é do multiculturalismo: “todo progresso cultural é função de uma coligação entre as culturas, que é o meio em comum das chances que cada cultura encontra em seu

desenvolvimento histórico” (LÉVI-STRAUSS apud SARFATI, 2008).

Por fim, para ele a natureza é universal, mas não em sentido estrito; e a cultura é própria de cada sociedade e não deve ser ignorada. Por conseguinte, é da natureza que Lévi-Strauss vai extrair sua norma fundante do Direito: a proibição do incesto, atribuindo a ela caráter universal. Pertence à natureza, pois é condição geral da cultura, sendo, portanto, universal. Mas também é cultura, pois atua e impõe a regra no seio de fenômenos que independem dela (SARFATI, 2008, tradução nossa).

“A proibição do incesto é o processo pelo qual a natureza se supera a si mesma, sob a qual outra estrutura nova e mais complexa se forma e se superpõe às estruturas mais simples da vida psíquica, assim como essas se sobrepõem às estruturas mais simples da vida animal. Opera e por si mesma constitui o advento de uma nova ordem” (LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 59).

Existem exceções à universalidade da proibição do incesto, mas apenas para adaptar a regra às exigências da sociedade em questão, e nunca para colocá-la em cheque. A tese de Lévi-Strauss parte de observações empíricas.

“A regra contratual, a origem da sociedade de direito, visa à aliança intergrupal e rege ao mesmo tempo a política intergrupal ao estabelecer uma relação de reciprocidade entre os membros do grupo e entre o chefe e o resto do grupo. Com efeito, pequenas unidades humanas sofrem sempre potencialmente um desequilíbrio demográfico: de onde o interesse em se aliar – por casamento de abertura a alguns indivíduos – a outros grupos, para permutar, para ter acesso a parceiros econômicos num sistema de produção primitiva” (DELRIEU, 1999, p. 38, tradução nossa).

Qual a importância da proibição do incesto para se refletir sobre um sentido para o Direito?

A proibição do incesto assinala um objetivo estratégico para a normatividade social, qual seja, a de permitir a abertura do grupo, independentemente de qualquer sentimento ou menos ainda de uma ideia universal de justiça. Trata-se, antes, de se estabelecer uma discussão entre *endogamia* e *exogamia*.

Em Reflexões sobre a liberdade, capítulo de *O olhar Distanciado*, Lévi-Strauss inicia o texto explicando que fora convidado pelo Presidente da Assembleia Nacional, Edgar Faure, em 1976, para se manifestar a propósito de três projetos de lei sobre *liberdades*, a serem analisados pela Comissão Especial para as Liberdades da referida Assembleia. Segundo Lévi-Strauss, o grupo socialista não pretendia uma reflexão mais apurada sobre o problema da liberdade naquele momento, mas o grupo comunista e o da maioria almejavam um pretenso fundamento universal para a ideia de liberdade. O grupo da maioria teria optado por uma definição de liberdade como um *caráter distintivo da vontade*. Já os comunistas viam nas liberdades – e seu exercício – *direitos inalienáveis que todo o ser humano possui*.

Diante de ambas as posições, Lévi-Strauss não economiza críticas contundentes às perspectivas eleitas. Segundo ele, as ideias de liberdade tomadas pelos referidos grupos políticos surgiram muito recentemente na história da humanidade, e seus conteúdos são variáveis. Mais: só uma parte da humanidade crê na primeira e usufrui da segunda (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 387-388).

O autor ressalta que, por detrás da Declaração de 1789, estava o anseio de abolir liberdades concretas (da nobreza, clero etc.) e que o mundo mudou, assim como as liberdades que se reivindicam, o que significa que a ideia de liberdade é indiscutivelmente relativa. Argumenta ainda que, em países subdesenvolvidos, as vítimas da fome bem que gostariam de estar submetidas

ao trabalho forçado com alimento racionado, enquanto os Europeus discutem a liberdade de trabalho, de expressão etc. (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 388).

Lévi-Strauss denuncia a definição de homem proposta por Montesquieu como *aquele que ama as leis de seu país*, ignorando, no entanto, que virtudes possam ser inculcadas a um povo por meio de adestramento sem qualquer referência à ideia de virtude enquanto tal. A virtude, portanto, traça uma via estreita entre o fanatismo espontâneo e o pensamento dirigido. Diante da definição de Montesquieu – liberdade *não é fazer o que se quer, mas poder fazer o que se deve querer, e não ser constrangido a fazer o que não se deve querer* – Lévi-Strauss (1986, p. 389) se pergunta: onde cada um irá descobrir o que deve querer?

Denuncia ainda o pressuposto racionalista, por considerá-lo apologia a uma liberdade calcada num falso absoluto, quando na verdade ela é histórica. Esse absoluto é a ideia de *natureza do homem como ser moral*. A propósito desse falso absoluto, o autor pontua ainda mais outras falácias: a) a constatação de definições arbitrárias de liberdade, visto que cada época traça sua concepção do que é ser livre (por exemplo, no antigo regime, o casamento de menores de vinte e cinco anos só se realizava com o consentimento dos pais, por se entender que antes dessa idade os indivíduos agiam pela coação das paixões, devendo a lei, portanto, garantir os compromissos plenamente livres e voluntários por intervenção dos pais); b) se o conteúdo da liberdade fosse universal, as leis não restringiriam seu exercício, como ocorre na prática: o legislador só atribui liberdades reservando-se a faculdade de restringi-las e até de aboli-las (LÉVI-STRAUSS, 1982, p. 389)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Um exemplo atual dessa técnica bastante óbvia na legislação é a preservação do princípio da segurança jurídica



O autor exorta os idealizadores daqueles projetos de lei a refletirem sobre uma passagem de Rousseau do prefácio do *Discurso sobre a origem da desigualdade*, na qual o filósofo assim se manifesta: começa-se por procurar uma regra que, para a *utilidade* comum, deva se pactuar; depois, denomina-se essa regra *lei natural*, sem se provar nada a não ser que traz algum benefício o seu cumprimento universal. Eis uma maneira muito cômoda de definir a *natureza das coisas* por conveniências quase arbitrárias.<sup>2</sup> Nesse ponto, Lévi-Strauss propõe a seguinte questão: qual o fundamento da liberdade que é tão evidente a ponto de impor-se a todos? Ao que sugere o seguinte: ao invés de tomar o homem como *ser moral*, admitamos a evidência de que ele é *ser vivo*.

Dessa constatação decorrem duas conclusões: a) se o homem tem direitos por ser antes de tudo *ser vivo*, logo, toda a espécie humana os tem; b) os limites desses direitos são os de ordem natural, quais sejam, os direitos das outras espécies. O exercício de direitos da humanidade cessa quando põe em perigo a existência de outra espécie (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 390). Veja quão atual é a tese de Lévi-Strauss a propósito das discussões do Direito Ambiental, e mais ainda sobre a transição da ideia clássica de *tutela* dos animais para a atualíssima tese sobre os *direitos dos animais*. Nesse sentido caminhou a *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, proclamada pela UNESCO em sessão realizada em Bruxelas, em 27 de janeiro de 1978. Em seu art. 2º, b) lê-se:

“O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais ou explorá-los, violando este direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais” (UNESCO, 1978).

Não se ignora evidentemente que toda espécie depende, para sobreviver, de se alimentar de outras, mas isso custa indivíduos, e não a extinção de uma espécie inteira. O único direito universal e imprescri-

---

na forma da categoria dos direitos adquiridos no sistema jurídico brasileiro: são declarados intocáveis pela retroação legal na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso, XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No entanto, a própria Constituição excetua o comando. No art. 17 dos *Atos das Disposições Constitucionais Transitórias*, lê-se: “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

<sup>2</sup> Segue a passagem referida por Lévi-Strauss: “On commence par rechercher les règles dont, pour l'utilité commune, il serait à propos que les hommes convinssent entre eux; et puis on donne le nom de loi naturelle à la collection de ces règles, sans autre preuve que le bien qu'on trouve qui résulterait de leur pratique universelle. Voilà assurément une manière très commode de composer des définitions, et d'expliquer la nature des choses par des convenances presque arbitraires.” (ROUSSEAU, 1985).

tível que deve ser proclamado é o *direito à vida e ao livre desenvolvimento das espécies vivas ainda representadas sobre a Terra*. E o motivo para a defesa desses direitos é o fato de que o desaparecimento de uma espécie cria um vazio irreparável à nossa escala no sistema de criação (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 390).

Lévi-Strauss pondera que os projetos sob sua análise não ignoram tais considerações, mas equivocam-se por algumas razões: a) tomam as conseqüências pelas premissas, então se complicam ao procurarem direitos *particulares* dos homens que se prestem a justificar a proteção do meio ambiente – invoca-se o singular direito à segurança (do homem) para justificar a proteção do meio ambiente; b) o grupo comunista o situa-se entre os direitos à cultura e à informação, eleição tão arbitrária quanto; c) não destinam à proteção desses direitos mais do que dois artigos contraditórios entre si, pois num protegem-se as atividades a serem exercidas no espaço natural (plena natureza), tutelando o acesso a locais de preservação, e noutro situa-se essa natureza na condição de valor racional, proibindo-se a poluição e a degradação do meio ambiente. Ora, o acesso já é poluição (e aqui o autor aponta um exemplo: no Canadá ocorreu um caso de extrema regulação de um parque natural com acesso limitado a pequenos grupos excursionistas, com intervalos enormes, ao mesmo tempo em que se verificava uma degradação insidiosa do mesmo); d) por mais que nos custe admitir, antes de se pensar em proteger a natureza *para* o homem, deve-se pensar em protegê-la *do* próprio homem; e) e, por fim, o direito do meio ambiente é dele *sobre* o homem, e não deste sobre ele (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 391).

O autor suscita uma objeção possível a sua tese: os projetos de lei versam sobre direitos individuais; então, como derivar tais direitos de um escalão específico? Sua resposta é obje-

tiva: se continuamos a definir o homem como *ser moral*, trata-se de eleger uma propriedade distintiva da *vida social*, que eleva cada um dos seus participantes à categoria de *espécie*. Ao impor ao indivíduo uma personalidade, o grupo o transforma no equivalente a uma espécie *monoindivíduo*. Tal ocorre, por exemplo, quando uma família perde um membro: ela sente a dissolução de uma *síntese insubstituível* de qualidades particulares, tal como quando se extingue uma espécie, qualidades estas que jamais reaparecerão. Quando se afirma que o homem é ser moral e essa qualidade lhe cria direitos, está a se afirmar, via de consequência, que a vida social promove o *indivíduo biológico* a uma *dignidade de outra ordem*. Não se trata de não reconhecer o critério da moralidade, mas de integrá-la a um conjunto mais geral, estendendo o *respeito* à espécie, e a qualquer *outra* espécie. O indivíduo (como uma *espécie monoindivíduo*) pode se fazer valer como indivíduo ao mesmo título que qualquer outra espécie e nada mais. Só essa tese poderia ser acolhida por qualquer civilização, conclui Lévi-Strauss (1986, p. 392).

Chama atenção o fato de que essa é a tese dos juristas romanos, que, influenciados pelo estoicismo, definiam a lei natural como o conjunto de relações gerais estabelecidas pela *natureza* entre todos os seres animados para sua conservação comum; e assim pensaram civilizações orientais, inspiradas pelo hinduísmo e budismo, bem como diversas sociedades sem escrita, todas consideradas nos estudos de Etnologia. Por mais diversas que sejam, todas elas concordam em fazer do homem uma *parte* da criação, e não o senhor dela (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 392).

O passo seguinte de Lévi-Strauss (1986, p. 393) é propor uma nova declaração dos direitos do homem, calcada em sua *natureza de ser vivo*, e não moral. Para tanto, questiona do que vale proclamar direitos, os quais a sociedade não é



capaz de cumprir automaticamente. Por exemplo, a garantia de trabalho tem de se coadunar com as condições fornecidas pela sociedade, sob pena de virar letra morta ou ter que se impor pela coação (e aqui se esvai a liberdade como fundamento do direito). Se a lei pode garantir o exercício das liberdades, estas só existem por conteúdos concretos dados pelos *costumes*, e não pela lei; esta só as garante.

Não se pode buscar uma definição racionalista, pretensamente universalista, para a liberdade, fazendo de uma sociedade pluralista o local do seu desabrochar. Teses universalistas caminham para fórmulas tais como a do partido único, ou ainda para uma liberdade sem norte:

“A escolha final será entre uma liberdade ausente na sua presença e uma liberdade presente na sua ausência e onde, para citar Montesquieu, depois de ter sido livre nas leis, deseja-se ser livre contra elas” (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 394).

Portanto, o pluralismo não pode ser definido abstratamente. Liberdades são feitas de heranças, hábitos e crenças que pré-existem às leis, os quais estas têm a missão de proteger. Não se pode proceder filosoficamente onde se deve proceder historicamente. Contra o despotismo, *uma impertinência vaidosa da administração* que faz pesar sobre os cidadãos uma insuportável ditadura, só resta a *superstição*, tão desacreditada aos olhos dos modernos. Ao dar fundamento racional à liberdade, abstraindo-se do rico material histórico construído num solo, numa tradição, não nos esqueçamos de que ela repousa sobre uma parte *irracional*: ínfimos privilégios, desigualdades irrisórias, que, não afrontando a igualdade geral, permitem ao indivíduo encontrar pontos de ancoragem. A liberdade real é a dos longos hábitos, preferências, costumes. Só as crenças (não em sentido religioso) podem dar à liberdade conteúdos

a se defenderem (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 395-396).

Nosso autor dirige franca apologia ao proceder do etnólogo, que vê as coisas com afastamento. Explica que, ao se estudarem sociedades pouco numerosas e economicamente sem recursos, sem técnica e politicamente muito simples, não reconhecemos nelas a imagem de sociedades humanas em seu começo, mas que nelas podemos vislumbrar molas ocultas da vida social e condições essenciais a esta, ainda que de difícil visibilidade nas sociedades mais complexas. As sociedades investigadas vão de quarenta a duzentos e cinquenta membros, um nível ótimo de população, e nelas se verifica, ainda que de maneira experimental, a necessidade de se viver em pequenas comunidades, fundadas em história comum, língua, cultura, solidariedade.

“O etnólogo não tem título algum que lhe permita manifestar-se sobre estes problemas, a não ser o da sua profissão, que o leva a ver as coisas com um certo afastamento. Mas, pelo menos num ponto, pode dar um contributo positivo. Alguns de entre nós consagram-se ao estudo de sociedades pouco numerosas, de muito baixo nível técnico e econômico, cujas instituições políticas apresentam uma grande simplicidade. Nada autoriza a reconhecer nelas uma imagem das sociedades humanas no seu começo, mas, sob esta forma despojada, elas expõem, talvez melhor do que as sociedades mais complexas, as molas ocultas de toda a vida social e algumas das suas condições que podem ser tidas por essenciais” (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 397).

Conclui que Rousseau defendia a abolição de toda a *sociedade parcelar* no Estado, quando na verdade a restauração das sociedades parcelares é o único caminho para devolver saúde às *liberdades doentes*. Não é a lei que fará com que as sociedades ocidentais subam o declive que há vários séculos vêm descendo. Assim:

“Infelizmente, não depende do legislador fazer com que as sociedades ocidentais subam de novo o declive sobre o qual estão a deslizar desde há vários séculos – demasiado frequentemente, na história, a exemplo da nossa. Mas pode, ao menos, mostrar-se atento à inversão da tendência da qual, aqui e ali, se notam indícios; encorajá-la nas suas manifestações imprevisíveis, por muito incongruentes, mesmo chocantes, que possam, por vezes, parecer; em todo o caso, nada fazer que arrisque a sufocá-la no ovo nem, se ela se afirmar, impedi-la de seguir o seu curso” (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 398).

#### **4. Da senda aberta por Lévi-Strauss ao pluralismo jurídico hoje: reflexões sobre o Direito contemporâneo**

A referência feita por Lévi-Strauss a um Direito a ser construído pelos *hábitos e costumes* leva-nos a voltar nossa atenção para um tema candente em nossos dias, e muito caro às investigações da Filosofia do Direito e da Sociologia Jurídica atuais: o *pluralismo jurídico*. Esta é uma questão que não pode ser olvidada por nossos Juristas e Legisladores.

Norberto Bobbio, na *Teoria do ordenamento jurídico*, datada de 1982, já se referia ao tema do pluralismo jurídico nas páginas 162 e seguintes da obra, tema pouco debatido até então. Oposto ao *monismo jurídico*, que significava nesse período a afirmação de um único direito universal (o clássico Direito Natural – universalismo jurídico, portanto), a exposição de Bobbio destaca duas fases de desenvolvimento do pluralismo.

A primeira fase é a do seu surgimento, por ocasião do *historicismo jurídico* (Escola Histórica), denominado pluralismo *estatal ou nacional*, que vinha afirmar que não há apenas um ordenamento universal, mas tantos quantas nações existissem, haja vista que o direito decorre do gênio das nações, e cada uma tem seu *gênio jurídico*. Essa fragmentação de um suposto direito universal em vários direitos *historicamente* situados foi radicalizada pelo *positivismo jurídico*, que defenderá a ideia central de que “onde existe um poder soberano existe um Direito e todo poder soberano sendo por definição independente de qualquer outro poder soberano, cada Direito constitui ordenamento autônomo” (BOBBIO, 1997, p. 162).

A segunda fase, por ele denominada *institucional*, distingue-se da primeira por afirmar que não se trata apenas de existirem vários ordenamentos do mesmo tipo, diversos de um direito universal, mas que há vários tipos de ordenamentos jurídicos. Denomina-se *institucional* por defender a ideia de que “existe um ordenamento jurídico onde existe uma *instituição*, ou seja, um grupo social organizado” (BOBBIO, 1997, p. 163). Aqui surge o problema das relações não apenas entre ordenamentos estatais, mas entre estes e os *não estatais*, postos por alguns como acima ou ao lado do estatal e Bobbio menciona o ordenamento internacional

e o da Igreja católica; os sociais, reconhecidos e limitados pelo Estado – abaixo deste, portanto; e os que se opõem ao Estado, como a máfia, seitas religiosas etc. (BOBBIO, 1997, p. 164).

Bobbio constata, segundo a leitura que fazia do direito da década de oitenta, que o universalismo como tendência permanecia, ressurgindo não mais como crença num eterno Direito Natural, mas como vontade de construir um *Direito positivo único*, que recolhesse em unidade todos os Direitos positivos existentes, sendo produto não da natureza, mas da história, e que se postulasse não como o início do desenvolvimento social e histórico (como o Direito natural e o estado de natureza), mas como o fim deste.

“A ideia do Estado mundial único é ideia-limite do universalismo jurídico contemporâneo [...], não contra o positivismo, mas radicalização deste, não retornando à tese de um direito natural, mas à constituição de um Direito positivo universal” (BOBBIO, 1997, p. 164-165).

As Teorias do Direito e até mesmo a Jurisprudência dos tribunais admitem atualmente com muito vigor que Direito não é só o produzido pelo Estado; em qualquer sociedade há diversas formas de juridicidade consensuais ou não, e que não se reduzem ao direito estatal. A ideia de pluralismo jurídico é decorrente da existência de dois ou mais sistemas jurídicos, dotados de eficácia, concomitantemente, em um mesmo ambiente espacio-temporal. Denominador comum entre os pluralistas, o *antiformalismo* e o repúdio à lei como forma única de manifestação do Direito são tendências que culminam na negação de um Estado como única fonte de Direito Positivo (REALE, 1984, p. 261).

Já o *etnocentrismo jurídico* consiste no não-reconhecimento do *pluralismo jurídico* e manifesta-se como negação da diversidade cultural e como violência hegemônica totalizante de um sistema jurídico *monista* contra a possibilidade de um direito comunitário, que possa decorrer das diferentes etnias que compõem um determinado território nacional. A subordinação do *direito local comunitário* ao *direito oficial* do Estado, ou a supressão do poder de decisão local (jurisdição comunitária), bem como qualquer política jurídica integracionista ou de assimilação cultural caracterizam o *etnocentrismo jurídico* (PEPLER, 2008, p. 66).

Para Antônio Carlos Wolkmer (1997, p. 200), “o pluralismo surge devido à falta de atenção do Estado para com aqueles mais necessitados, pois é destas classes mais sofridas e necessitadas que surge a regulamentação estatal”. O autor destaca que as condições que tornam viáveis o pluralismo jurídico são a efetividade material, relacionada com os “novos atores que entram em cena” e o conjunto de necessidades fundamentais que os legitimam à reivindicação de direitos; à efetividade formal, que

está vinculada à reordenação do espaço público, à ética da alteridade e à racionalidade emancipatória; e a viabilização das condições para a implementação de uma política democrática que se direcione e se reduza a um mesmo espaço comunitário descentralizado e participativo (WOLKMER, 1997, p. 222).

Wolkmer (2001, p. 200-201) detecta dois tipos de pluralismo jurídico: o comunitário e o estatal. O *pluralismo jurídico comunitário* atua num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independente do controle estatal. O *pluralismo jurídico estatal* é reconhecido, permitido e controlado pelo Estado, tal como a produção normativa institucionalizada (convenções coletivas do trabalho e ações propostas por sujeitos coletivos) e a resolução dos conflitos institucionalizada, tal como a conciliação, arbitragem e Juizados de Pequenas Causas, além das práticas e usos alternativos do direito e de outras formas de *Alternative Dispute Resolution – ADR*.

Um bom exemplo atual de equilíbrio entre os dois tipos de pluralismo jurídico pode ser encontrado entre as disposições do Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que reconhece a autonomia dos costumes dos povos ribeirinhos da Amazônia, sem ingerência estatal em seus hábitos e sua normatividade. O art. 3º prevê que, para os fins do Decreto e do seu Anexo,

“compreende-se por povos e comunidades tradicionais grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (BRASIL, 2007).

E no Anexo sobre Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, entre os princípios elencados, consta:

“Art. 1º As ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada, sistemática e observar os seguintes princípios: [...] VIII - o reconhecimento e a consolidação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais” (BRASIL, 2007, grifo nosso).

O Decreto é prospectivo, e pretende instituir algum controle estatal sobre tais direitos, ainda que na forma de organização de uma Consolidação (documento jurídico, portanto), apontando para um pluralismo estatal, mas é inegável o reconhecimento da existência de direitos desses povos, independentemente da referida Consolidação ou de qualquer ingerên-

cia estatal nessa *cultura jurídica*, o que apenas atesta a existência do pluralismo comunitário, um Direito já construído espontaneamente por tais comunidades.

Os equivalentes jurisdicionais, conhecidos também por ADR (*Alternative Dispute Resolution*), têm sido uma prática alternativa de solução de conflitos desde a década de setenta nos Estados Unidos, e vêm se expandindo e se consolidando nos últimos tempos, com grande apelo inclusive nos sistemas de tradição germânico-romana como o Brasil. Fátima Nancy Andrichi, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, que há anos se dedica ao estudo dos equivalentes jurisdicionais no Brasil, sintetiza quais as vantagens dessa forma alternativa de solução de conflitos: são rápidos, pois podem eliminar um problema em poucas semanas ou, talvez, em apenas uma audiência de poucas horas; são confidenciais, devido a seu caráter privado; informais, porque não seguem procedimentos formais rígidos; flexíveis, pois as soluções são específicas para cada caso concreto; e, em regra, são menos onerosos que o sistema judicial. Suas características são a participação voluntária dos litigantes; a presença ou não de advogados; a decisão é tomada pelas partes ou por terceiros; os procedimentos são informais; e os critérios decisórios são baseados na lei, na equidade, ou em outra fonte (pluralidade) do Direito (ANDRIGHI, 1989).

Podemos elencar quatro formas de solução alternativa já em prática no Brasil: a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Além dessas, há outras mais atuais, ainda não importadas por nossa cultura jurídica e indicadas por Andrichi, tais como o minijulgamento, a avaliação neutra, a negociação regulamentadora, e o inacreditável “alugue um juiz”, um encaminhamento pelo tribunal de juiz aposentado com *expertise* no tema objeto de controvérsia, cujo serviço de condução do julgamento é pago

pelas partes, que, ao concordarem com a indicação, admitem que a decisão do juiz seja tão legalmente obrigatória quanto a de um julgado do tribunal. Todas essas práticas integram procedimentos da prática jurídica estadunidense hoje (ANDRIGHI, 2006).

As considerações de Lévi-Strauss sobre o fenômeno jurídico em *O olhar Distanciado*, escrito em 1983, nos trazem a ideia essencial do pluralismo jurídico *comunitário*, hoje considerado uma das versões mais atualizadas e democráticas da concepção de Direito contemporâneo, especialmente tratado segundo os estatutos teóricos da Sociologia Jurídica. As formas alternativas de solução de conflitos são uma tentativa de se considerarem valores e interesses dos próprios indivíduos envolvidos em dramas e querelas sociais diversas, atentando para o diálogo sobre especificidades, expectativas e valores diversos, práticas, costumes e convicções dos envolvidos, para os quais importam menos os postulados de fórmulas legais eleitas como universais objetivos, juridicamente vinculantes do caso e das condutas de modo geral.

## 5. Considerações finais

Lévi-Strauss, em entrevista concedida em 1972 para o documentário de Pierre Beuchot (2004), defende-se da acusação de alguns pensadores e militantes de que seu estruturalismo acaba por abolir a pessoa humana, sendo, em certo sentido, um anti-humanismo. Ele justifica sua opção pela versão estruturalista da Antropologia, tão legítima quanto qualquer outra que se apresente. Diz que a opção do Filósofo é introspectiva: define o outro sujeito a partir de si, e que qualquer ponto de vista é legítimo; o pesquisador elege o que lhe parece mais eficaz. E, em seu caso, considera que elegeu uma ampliação na qual a *noção de sujeito se dissolve*, desaparece. Pretendeu estudar mecanismos que

ocorrem dentro do pensamento, mas de um pensamento que vai além deste que o próprio sujeito crê apreender. Assim, registra:

“creio que se trata de uma polêmica vã a colocação do ponto de vista moral, que se inspira em considerações totalmente distintas e que no caso de um etnólogo não pode vir inspirado pelo espetáculo da destruição monstruosa, sistemática de culturas distintas da nossa, o que o Ocidente tem levado a cabo há muito tempo, simplificando, desde o descobrimento da América e sua colonização até os dias atuais. Não podemos deixar de condenar essa destruição de espécies animais, de espécies vegetais, e tudo isso em nome de quê? Em nome de um certo humanismo, que foi o do Renascimento, e que segue sendo o nosso desde então: um humanismo aprisionador, um humanismo agressivo, segundo o qual o homem se coloca a si mesmo como o senhor e o dono da criação, colocando todo o resto a sua disposição. Ao que isso conduziu, nós já vimos. Nos conduziu a grandes guerras de extermínio, a campos de concentração, à exterminação de uma parte da humanidade por suas próprias mãos, essa mesma parte da humanidade que se considera superior a todo o resto da humanidade. Por quê? Porque, segundo me parece, o humanismo clássico definiu o homem de forma muito estrita, definindo-o como *ser pensante* ao invés de *ser vivente*. Situou o homem nas fronteiras dentro das quais se detinha a mesma humanidade que não o protege contra seus próprios ataques, pois que suas fortificações humanas não eram suficientemente fortes para garantir sua proteção” (LÉVI-STRAUSS, 1972 apud BEUCHOT, 2004, tradução nossa).

Lévi-Strauss fala um pouco da sua opção pelo olhar etnológico, ao qual aderiu por duas razões. Uma, de *ordem epistemológica*, a ampliação: “pode-se olhar o rio, as gotas, e colocar estas no microscópio e ver pequenos corpos, moléculas, átomos, dependendo da ampliação”; optou pela ampliação para observar mecanismos que são anteriores ao próprio pensamento. A outra razão é de *ordem moral*, pois, como dito, a análise moral que situa o homem e sua humanidade no patamar mais alto da evolução só desencadeou destruição de culturas diversas, extermínio que vai desde as espécies animais até a destruição dessa mesma humanidade, que justifica a destruição do diverso.

Já ao final da entrevista, o autor é indagado sobre o que pensa a propósito do futuro da humanidade. Responde que lamentavelmente não vê um caminho melhor para seus descendentes que o experimentado por ele mesmo até então. Pelo contrário, denuncia nossa circunstância de “consumidores bulímicos” de riquezas naturais numa velocidade que não permite a reposição dessas riquezas, além de consumidores de objetos intelectuais como jamais nos foram ofertados, construção de vários séculos de desenvolvimento cultural. Somos consumidores insaciáveis de um museu imaginário que não nos completa nunca.

Conclui que os grandes momentos de intensa produção cultural foram mediados por intensa comunicação, mas que talvez a sociedade atual ne-

cessite de um outro tipo de comunicação, uma comunicação mais raleada, com intervalos de silêncio, de permissão à observação do nosso entorno. E desabafa: “na época em que as cartas demoravam a chegar talvez se vivesse melhor... O mundo está muito veloz, com pouco tempo para a observação [...] Mas isso eu digo não como etnólogo” (LÉVI-STRAUSS, 1972 apud BEUCHOT, 2004, tradução nossa).

## Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Resolução alternativa de controvérsias: um desafio constitucional, uma necessidade premente. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/1498>>. Acesso em: 22 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Formas alternativas de solução de conflitos. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/2385>>. Acesso em: 30 out. 2014.

BEUCHOT, Pierre. *Entrevista com Claude Lévi-Strauss (1972)*. INA-Canal Arte, 2004. Vídeo (15 min, part 4/4). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=ehb0PXtMAHg>>. Acesso em: 13 out. 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 fev. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 13 out. 2014.

BROCHADO, Mariá et al. *Magistratura: noções gerais de direito e formação humanística*. Niterói: Editora Impetus, 2012.

BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

CLÉMENT, Catherine. *Lévi-Strauss, la vie de la pensée*. Scérén – CNDP, 2009. Disponível em: <<http://www2.cndp.fr/magphilo/philos23/article1.htm>>. Acesso em: 14 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Claude Lévi-Strauss*. Paris: PUF, 2003.

DELRIEU, Alain. *Lévi-Strauss lecteur de Freud: Le droit, l'inceste, le père et l'échange des femmes*. Paris: Anthropos, 1999.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1951.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Petrópolis: Vozes, 1982.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O cru e o cozido*. Tradução Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Cosac & Naif, 2004. (Mitológicas v. 1).

\_\_\_\_\_. *O homem nu*. Tradução Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Cosac & Naif, 2011. (Mitológicas v. 4).

\_\_\_\_\_. *O olhar distanciado*. Lisboa: Edições 70, 1986.

\_\_\_\_\_. *Tristes trópicos*. Lisboa: Edições 70, 1993.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tomo II. São Paulo: Edições Loyola, 2001a.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de filosofia*. Tomo IV. São Paulo: Edições Loyola, 2001b.

PEPLER, N. M. Do etnocentrismo ao etnocídio: a totalidade e sua banalidade. *Rev. Dir. Psic.*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 61-78, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.direitoepsicanalise.ufpr.br/revista/artigos/v1n1a07.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2010.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do romantismo até nossos dias*. 3. ed. São Paulo: Paulus, 1994. (Coleção Filosofia, v. 3).

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SARFATI, Jean-Jacques. (2008). Une lecture historique de la pensée du droit et de la prohibition de l'inceste chez Claude Lévi-Strauss In: CLÉMENT, Catherine. *Spécial claudes lévi-strauss*. Scérén – CNDP, 2009. Disponível em: <<http://www2.cndp.fr/magphilo/philo23/article2-Imp.htm>>. Acesso em: 13 out. 2014.

UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*. Bruxelas, 27 jan. 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Antropologia filosófica*. 4 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998. v. 1.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1997.





# Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil

Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS  
JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JUNIOR

## Sumário

1. Introdução. 2. Ativismo judicial: um conceito fugidio. 3. O nascimento do controle de constitucionalidade: dos *founding fathers* a Marshall. 4. O ativismo de fortalecimento do governo federal – a contenção dos poderes estaduais: as Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873). 5. O ativismo de defesa da política econômica liberal: o Governo dos Juízes (1895-1937). 6. O ativismo de reafirmação das liberdades civis: a Corte Warren. 7. Um paralelo entre o ativismo judicial nos Estados Unidos e o recente ativismo judicial no Brasil. 8. Considerações finais.

Paulo Roberto Barbosa Ramos é pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Associado e Coordenador do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Maranhão. Pesquisador do Centro Universitário do Maranhão. Promotor de Justiça.

Jorge Ferraz de Oliveira Junior é mestrando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Juiz Federal Substituto.

## 1. Introdução

No dia 11 de dezembro de 2013, o Supremo iniciou o julgamento da ADI nº 4.650, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 5/9/2011, tendo por propósito a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Eleições (Lei nº 9.507/1997) e da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995); entre eles, os que possibilitam o financiamento de campanhas políticas mediante recursos doados por pessoas jurídicas. O Supremo parece encetar mais um passo à reforma eleitoral mediante atuação do Poder Judiciário, que passou por outros momentos importantes, tais como a tentativa (frustrada) de criação de nova hipótese de inelegibilidade aos candidatos, no caso a decorrente

de condenação criminal ou por ato de improbidade administrativa sem trânsito em julgado (ADPF nº 144), e a perda do cargo eletivo decorrente de desfiliação partidária (ADI nº 3.999).

Nada obstante tenha sido uma tônica da Corte, nos últimos anos, a tentativa de implementação de importantes reformas no campo eleitoral, mediante a realização de uma verdadeira reforma política pelo Poder Judiciário, facilmente se observa que a mudança de políticas públicas, mediante atuação do Poder Judiciário, não é exclusividade da área eleitoral, atingindo também áreas relacionadas ao direito privado, como, p. ex., as relações familiares, e também à gestão da máquina estatal.

O fato é que o Supremo, a partir de 2004 – período em que a mudança substancial de sua composição, com a aposentadoria de Ministros nomeados durante o regime militar, começa a apresentar os seus primeiros efeitos na jurisdição constitucional –, parece ter abandonado um perfil autorrestritivo em abono a uma posição mais ativista, no exercício de sua jurisdição constitucional; circunstância essa que tem levado a diferentes reações por parte da mídia e de outras instituições. Se, de um lado, afirma-se que o Supremo tem sido fomentador de mudanças sociais reclamadas pelo seio social; de outro, fala-se que tem usurpado – ilegitimamente – competências atribuídas a outros poderes.

Conquanto o tema pareça ser novo no Brasil, pois fruto da redemocratização e, em segundo lugar, fruto da mudança dos perfis dos Ministros que integram a Suprema Corte, o tema ativismo *versus* autocontenção e usurpação das funções de outros poderes é antigo nos Estados Unidos, país onde se encontram as melhores contribuições teóricas a respeito.

Sem a pretensão de esgotar o estudo do tema no Brasil e nos Estados Unidos, o presente trabalho propõe a realização de um breve comparativo entre as diversas fases de ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana, desde o nascimento da doutrina do *judicial review* (dos *founding fathers*) até a Corte Warren (1952-1969), passando pelas Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873) e pelo período denominado Governo dos Juizes ou “Era Lochner” (1895-1937), e o incipiente ativismo judicial no Brasil.

## 2. Ativismo judicial: um conceito fugidio

Ao tratar do tema “ativismo judicial” em artigo cujo título inspira o tópico do presente trabalho, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que tal expressão – “ativismo judicial” (*judicial activism*) – nasceu em um artigo de cinco páginas, intitulado *The Supreme Court: 1947*, em uma revista leiga (não jurídica) de atualidades, a revista *Fortune*, “entre propaganda de *whisky* e *Aqua Velva*”. No artigo, o seu autor, Arthur Schlesinger Jr.,

teria descrito as divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte de sua época, dividindo os Ministros entre “ativistas judiciais” e campeões da “autocontenção” (*self-restraint*) (BRANCO, 2011, p. 369).

Afirma-se que o próprio criador da expressão não teria sido feliz em sua tentativa de qualificar os Ministros da Suprema Corte de sua época. Hugo Black e William Douglas, classificados como ativistas em questões econômicas (CAMPOS, 2011, p. 545), seriam, na verdade, juízes autorrestritivos (BRANCO, 2011, p. 389). Ely refere-se a Hugo Black como um “interpretacionista típico”. Liberal e ao mesmo tempo interpretacionista, sempre que sua filosofia política (liberalismo) divergia de sua filosofia constitucional (interpretacionismo), Black optava por esta última (ELY, 2010, p. 4-5).

Errando ou acertando na classificação que propunha, é fato que a expressão cunhada por Arthur Schlesinger conquistou a simpatia dos acadêmicos, que passaram a utilizá-la ora com viés negativo, ora positivo, nos casos em que há substituição de políticas públicas do Poder Legislativo ou Executivo pelo Poder Judiciário. Todavia, não há uniformidade quanto ao conceito do ativismo, tampouco quanto à legitimidade da preconizada substituição de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Entre os autores que adotam uma concepção neutra da expressão ativismo judicial, pode-se citar Lawrence Baum. O cientista político é autor que utiliza “ativismo judicial” de maneira ampla, a englobar praticamente todos os casos de declaração de inconstitucionalidade de leis e, inclusive, interpretação da lei sem a declaração de inconstitucionalidade. Para Baum (1987), ativismo judicial se refere à “disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições”. Assim, o ativismo judicial

ocorre quando a Corte toma decisões conflitantes com as políticas do Congresso, Poder Executivo e Governos estaduais e municipais. Para ele, o ativismo é geralmente exercido pelo poder de revisão (declaração de inconstitucionalidade de leis), mas não somente. O ativismo também pode ocorrer na simples interpretação de determinada lei, mesmo que não seja declarada a sua inconstitucionalidade (1987, p. 17, 18, 260).

Ronald Dworkin, por sua vez, mesmo sendo ardoroso defensor do *judicial review*, adota uma concepção negativa do que vem a ser ativismo judicial. Para o jusfilósofo, mais do que *judicial review* ou simples exercício arrojado da jurisdição, ativismo é uma “forma virulenta de pragmatismo jurídico”, em que o juiz (ativista) ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte, as duradouras tradições da cultura jurídica norte-americana e imporia seus próprios pontos de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2011, p. 451-452).

Mauro Cappelletti, por sua vez, está entre aqueles juristas que veem o ativismo judicial de forma positiva. Para o jurista italiano, a “criatividade” judicial não somente é um fenômeno inevitável, mas também necessário e recomendável em países democráticos (CAPPELLETTI, 1999, p. 13, 103, 116, 133).

Elival Ramos (2010) e Lênio Streck (2012) são autores brasileiros que enxergam o ativismo judicial sob um viés negativo. Elival (2010, p. 116-117) se refere ao ativismo judicial como a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionais atribuídas a outros poderes. Lênio Streck (2012, p. 22), por sua vez, afirma que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário ultrapassa os limites previstos na Constituição e passa a fazer “política judiciária”, para o bem ou para o mal.

Gonet Branco (2011, p. 287, 392), conhecendo a controvérsia entre os diferentes significados da expressão, prefere adotar um conceito neutro de ativismo judicial, como o mero exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a questões morais e políticas. E sintetiza a discussão de forma lapidar: a expressão “ativismo judicial” assume um “significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional” a ela associada.

Outra diferenciação faz-se importante. Ativismo e autocontenção não se confundem com liberalismo ou conservadorismo. Uma boa diferenciação entre liberalismo e conservadorismo é aquela fornecida por Lawrence Baum, que propõe a classificação dos *Justices* da Suprema Corte entre liberais e conservadores conforme suas preferências em relação a três grupos de tema (liberdade, igualdade e regulação econômica).<sup>1</sup> Nesse contexto, juízes liberais e conservadores podem ser ativistas ou autorrestritivos, de acordo com o tipo de demanda que estão a julgar. Nas décadas de 20 e 30, os juízes conservadores tinham postura geralmente ativista, declarando a inconstitucionalidade de várias leis que regulavam a economia, em detrimento do princípio da liberdade contratual (*laissez-faire*). Todavia, a partir dos anos 40, os juízes passaram a adotar uma postura de autocontenção no que se refere a temas comumente levados à Corte relacionados a liberdades civis, enquanto juízes liberais adotavam uma postura mais ativista (BAUM, 1987, p. 212, 224).

---

<sup>1</sup> Para Baum, quanto à categoria *liberdade*, seriam liberais os juízes que enfatizam as garantias processuais dos réus nos processos criminais, assim como a liberdade de expressão e de religião. Pertinentemente à igualdade, seriam liberais os juízes que apoiam queixas de tratamento discriminatório com fulcro na quarta emenda. Por fim, na categoria *New Dealism* ou *regulamentação econômica*, seriam liberais juízes simpáticos à regulamentação econômica, conferindo-se maiores direitos aos trabalhadores em detrimento da maior liberdade contratual (BAUM, 1987, p. 212).

Na verdade, mesmo as categorias *liberalismo* e *conservadorismo* são, em certa medida, conceitos imprecisos. Um juiz que, no início dos anos 30, estivesse a defender uma menor regulamentação estatal da economia poderia se autointitular liberal; caso em que estaria se referindo a determinado modelo econômico: liberalismo econômico (*laissez-faire*); de outra banda, diante dos adeptos do keynesianismo, tal magistrado seria considerado ultraconservador, pois, em seu entender, tal juiz seria adepto de uma concepção aparentemente superada de economia. No mais, ainda que adotados os conceitos propostos por Baum, dado juiz pode ser ao mesmo tempo liberal e conservador, a depender do tema em questão. O fato de um juiz ser liberal em relação a determinado grupo de direitos (p. ex., postura de maior amplitude em relação à liberdade de expressão) não significa que venha a sê-lo em relação a outro (p. ex., extensão das garantias processuais penais).

Além disso, um juiz não há de ser necessariamente ativista porque o Congresso adotou uma lei contrária a sua filosofia política. Como já dito, Hugo Black bem separava o seu papel de magistrado de suas convicções políticas (ELY, 2010, p. 4, 50), perfilhando, assim, uma postura de deferência em relação ao legislativo, ao menos em relação a temas econômicos. Semelhante posição adotou Felix Frankfurter, que, ingressando na Corte em 1939, “apoiou a autocontenção não somente a respeito de questões de regulamentação econômica como também a respeito de questões referentes às liberdades civis” (BAUM, 1987, p. 224-225).

Lançadas tais premissas, propõe-se a estudar o ativismo judicial da Suprema Corte Norte-Americana, comparando-o com o recente ativismo judicial do Supremo Tribunal brasileiro. Mas que conceito de ativismo judicial utilizaremos em nossa investigação? Para não recair no problema de se atribuir uma valoração positiva

ou negativa ao ativismo, ou dizer que, em um ou outro caso, o Supremo usurpou a competência do Poder Legislativo, utilizaremos, pelo menos neste trabalho, o conceito fornecido por Baum, que utiliza a expressão para aqueles casos em que a Suprema Corte, por intermédio do controle de constitucionalidade ou da simples interpretação da legislação federal, acaba substituindo políticas públicas erigidas por outro Poder.

### **3. O nascimento do controle de constitucionalidade: dos *founding fathers* a Marshall**

Como sabido, não há, na Constituição Norte-Americana, um único artigo que confira à Suprema Corte o controle de constitucionalidade de leis criadas pelo Parlamento. Daí um sem número de críticas ao poder de revisão judicial norte-americano, as quais se intensificam quanto mais marcante é a atuação da Suprema Corte na declaração de inconstitucionalidade de leis.

Há muito se questiona se os Constituintes de 1787 teriam se omitido conscientemente ou não acerca do controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário, bem como se seriam favoráveis ou contrários ao referido controle. Nesse ponto, ganha relevo o Federalista de nºs 78 e 81 e pesquisa empírica realizada pelo Professor Charles Beard, em estudo publicado pela primeira vez em 1912: *The Supreme Court and the Constitution*.

Quanto a *O Federalista* ou *Federalist Papers*, como se sabe, são esses uma série de 85 artigos publicados a partir de 1787 na imprensa escrita de Nova Iorque, que tinham por objeto convencer a opinião pública norte-americana da necessidade de ratificação da Constituição. Os artigos, publicados pelo pseudônimo *Publius*, foram escritos, na verdade, por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay; os dois primeiros, participantes da convenção de Filadélfia de 1787, onde foram elaborados os artigos da Constituição Originária dos Estados Unidos; e o terceiro, membro do partido federalista que ocupou, entre outros cargos importantes, o de primeiro *Chief of Justice* da Suprema Corte Norte-Americana (KETCHAM, 1996, p. 23-24).

Acerca do Poder Judiciário, Hamilton descreve-o, no Federalista nº 78, como o ramo menos temível (*the least dangerous*) à Constituição; isso porque, diferentemente do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não dispõe da Bolsa ou da Espada para tomar qualquer resolução ativa. Para Hamilton, a função de guarda da Constituição não poderia ter sido transferida ao Poder Legislativo, uma vez que “não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes”, sendo mais

razoável a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, para que aqueles possam impor limites a esta. Hamilton destaca que isso não significa, contudo, que o Poder Judiciário seja superior ao Poder Legislativo, mas sim que o poder do povo é superior a ambos. Mesmo defendendo que o povo tem o direito de mudar e abolir a Constituição existente, o *founding father* diz que desse princípio não se deve concluir que os representantes do povo estejam autorizados a violar a Constituição todas as vezes que a maioria dos seus constituintes se mostrar momentaneamente inclinada a violá-la. E arremata: os Tribunais precisam de muita coragem para defender a Constituição tão fielmente como lhes cumpre, quando o corpo legislativo é excitado nos seus ataques pela maioria da nação (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458-461).

No Federalista nº 81, Hamilton diz que os perigos de usurpações do Poder Legislativo pelo Judiciário são puramente imaginários, já que eventuais equívocos do Poder Judiciário são incapazes de influir sensivelmente sobre o sistema geral de governo. Por outro lado, defende que atribuir o dever de guarda da Constituição ao Poder Legislativo seria pouco producente, pois não há de se esperar que o Legislativo que violou a Constituição na elaboração de más leis há de temperar o efeito destas, reparando como juízes o mal que fizeram como legisladores. Acrescenta que, embora a Constituição seja silente quanto à revisão de atos do Poder Judiciário pela legislatura, tal poder de revisão, embora possível, não seria conveniente (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 474-476).

Quanto a Beard, afirma-se que este teria iniciado seu estudo para, a princípio, afirmar que Marshall e a Corte por ele presidida teriam arbitrariamente assumido um poder que os autores da Constituição não lhe teriam conferido; todavia, ao final de sua pesquisa, chegara a conclusão diametralmente oposta. A tese de Beard pode ser resumida, basicamente, nos seguintes pontos: 1) dos 55 membros da Convenção Constituinte de 1787 (sendo que, entre os aludidos membros, somente dois terços teriam participado ativamente das reuniões), pelo menos 25 seriam favoráveis ao controle de constitucionalidade;<sup>2</sup> e 2) os autores da Constituição Federal

---

<sup>2</sup> Nesse ponto, vale a pena registrar o imenso mérito de Beard na realização da referida pesquisa empírica. Com efeito, sendo secretas as sessões que resultaram na redação da Constituição, Beard teve de realizar intensa pesquisa histórica, verificando como cada *founding father* da Convenção de 1787 teria se manifestado a respeito do poder de revisão do Poder Judiciário, antes ou depois da promulgação da Constituição. Eis, então, a razão da primeira leva de críticas quanto ao trabalho de Beard: sendo algumas das opiniões coletadas após a promulgação da Constituição, nada garante que os constituintes por ele apontados tenham sido realmente favoráveis ao controle judicial quando da realização da Convenção de Filadélfia. Há, todavia, quem afirme que Beard tenha sido modesto em suas projeções, havendo não 25, mas pelo menos 32 membros da Convenção que seriam favoráveis ao poder de revisão. Nesse sentido, confira-se a introdução de Allan Westin obra de Beard (1965, p. 11, 31-34, 39-40).

representavam grandes interesses conservadores, financeiros e comerciais que tinham um certo receio em relação ao populismo que poderia vir a ser adotado por uma maioria desprovida de propriedades. Tais constituintes desejavam, no mais, um Governo forte para garantir a ordem social e, em especial, o pagamento dos empréstimos realizados pelo Governo para cobrir as despesas de Guerra (BEARD, 1965, p. 33, 54-55, 91-92, 97, 99).

Conforme copiosa bibliografia, atribui-se a Marshall o início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803. O caso pode ser brevemente relatado da seguinte forma: Marbury havia sido nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia nos últimos dias da Administração de John Adams, mas tivera sua posse recusada por James Madison, então Secretário de Governo, por determinação do novo Presidente, Thomas Jefferson, o qual estava insatisfeito com as nomeações de última hora do Presidente John Adams (conta que Adams teria nomeado juízes até a 21ª hora do seu último dia de mandato, com o propósito de entricheirar os federalistas, derrotados nas eleições, nos tribunais; o referido episódio tornou-se conhecido como *the midnight judges*, ou “os juízes da meia-noite”). Marbury, então, impetra um *mandamus* contra o ato de James Madison, que deixa o *writ* correr à revelia. Durante o tenso clima que antecedeu ao julgamento, na imprensa e no Congresso, chegou-se a sugerir o *impeachment* dos juízes que, deferindo a medida, ousassem aplicar os princípios da *Common Law* à Constituição. A Corte, sob a Presidência do *Chief of Justice* John Marshall, declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía ao Supremo Tribunal competência para o julgamento do *mandamus* contra ato do Secretário de Governo (BEARD, 1965, p. 115-120; RODRIGUES, 1992, p. 22, 35-38).

Na declaração de inconstitucionalidade da referida lei, que se tratou mais de um ato político do que jurídico, são de se destacar os seguintes pontos: 1) a Corte já havia anteriormente reconhecido sua competência para julgar *mandamus* contra ato de Secretário de Estado, em um caso envolvendo o Secretário de Guerra Henry Knox, em 1794 (não sob a Presidência de Marshall, é verdade); 2) Marshall inverteu a ordem do julgamento, adentrando no mérito do litígio e afirmando que Madison agira ilegalmente ao negar a posse a Marbury e que, de acordo com os princípios aplicáveis da *Common Law*, havia remédio para o caso, a saber: o *writ of mandamus*; 3) Marshall, que redigiu a opinião favorável ao poder de revisão judicial, não cita em nenhum momento *O Federalista*, bastante conhecido à época, mas fundamenta sua decisão mediante interessante exercício de lógica formal, citando artigos da própria Constituição que versavam sobre a impossibilidade de aprovação de leis que tratam de determinada matéria; de maneira que, segundo ele, tais artigos pressupunham uma instância de controle ao Poder Legislativo, a qual somente poderia ser o Judiciário, a quem caberia decidir sobre qual legislação aplicável diante de um conflito de normas (BEARD, 1965, p. 15-18; RODRIGUES, 1992, p. 35-38).

Ainda quanto ao nascimento do controle de constitucionalidade, vale a pena mencionar afirmação de Beard, no sentido de que, embora *Marbury versus Madison* tenha sido o primeiro caso em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei, não fora o primeiro *case* em que, na Suprema Corte, arguiu-se a inconstitucionalidade de dada legislação. Allan F. Westin, por sua vez, em introdução à obra de Beard, ao dissertar sobre o longo debate a respeito do poder de revisão judicial, destaca a existência de precedentes de Tribunais Estaduais em que pretensamente teria sido declarada a



nulidade de atos do Poder Legislativo; contudo, ressalta que tais precedentes são geralmente considerados duvidosos ou irrelevantes, entre outros motivos: por falta de registro ou por autenticidade duvidosa (BEARD, 1965, p. 111-114; 14-15).

#### **4. O ativismo de fortalecimento do governo federal – a contenção dos poderes estaduais: as Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873)**

Característica marcante do início do controle de constitucionalidade norte-americano foi o fortalecimento do Governo Federal, mediante o controle de constitucionalidade de leis estaduais, sobretudo aquelas referentes à regulamentação do comércio interestadual.

O primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal ocorreu em 1803, no célebre *case Marbury versus Madison*. O segundo caso de declaração de inconstitucionalidade de lei federal ocorreu quase meio século mais tarde, no criticado *Scott versus Sandford*, em 1857, já sob a Presidência do *Chief* Roger Taney. Enquanto Marshall, o mais longevo *Chief of Justice* da Suprema Corte Norte-Americana, declarou a inconstitucionalidade de uma única lei federal; durante a Presidência de Roger Taney, a Corte exerceu o poder de revisão em mais de uma dúzia de leis estaduais (BAUM, 1987, p. 38).

Como significativas decisões de fortalecimento do Governo Federal, na Corte Marshall, podem ser citados os casos: 1) *McCulloch versus Maryland (1819)*, em que a Corte, invocando a teoria dos poderes implícitos,<sup>3</sup> declarou a constitucionalidade de lei federal que criara um Banco Nacional e a inconstitucionalidade de lei estadual que tributava o aludido banco (RODRIGUES, 1992, p. 42); 2) *Gibbons versus Ogden (1824)*, que reduziu o poder estadual de regulamentar o comércio; no precedente, afirmou-se que a atribuição de regulamentar o comércio entre estados, que compreendia não apenas a troca de mercadorias, mas também a passagem de pessoas de um estado para o outro e a navegação, seria competência da União, e não dos estados federados (BAUM, 1987, p. 267; CORWIN, 1959, p. 267; U.S., 1824).

---

<sup>3</sup> Teoria essa já erigida por Marbury, no Federalista n. 44: “Não há princípio mais universalmente recebido pelas leis e pela razão do que este: que, quando o fim é necessário, os meios são permitidos; que todas as vezes que a lei confere o poder geral de fazer uma coisa, todos os poderes particulares necessários para esse fim se acham implicitamente compreendidos nessa disposição.” E, em nota de rodapé, para afastar a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, Madison esclarece: “Esses princípios, pela maneira por que está expresso, é falso. São permitidos os meios, contando que sejam justos e honestos; de outro modo, temos de novo em campo a máxima execrável de que a natureza do fim santifica os meios” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 281-282); ver também Wolfe (1991, p. 38-40).

Segundo Baum, o Supremo sob a Presidência de Marshall e Taney tivera como característica comum o fortalecimento do Governo Federal: “a Corte havia alterado sutilmente as linhas entre o Governo Nacional e os governos estaduais em apoio ao primeiro” (BAUM, 1987, p. 38 e 40).<sup>4</sup> Na mesma linha, Schwartz, para quem o fortalecimento do Governo Federal, no primeiro século da Suprema Corte Americana, pode ser bem sintetizado na seguinte frase do Juiz Holmes: “Eu não penso que os Estados Unidos chegariam ao fim se nós perdéssemos o poder de declarar uma Lei do Congresso nula. Penso que a União estaria em perigo se nós não pudéssemos fazer essa declaração com respeito às leis dos diversos estados” (SCHWARTZ, 1966, p. 265).

Bernardo Schwartz defende que o nascimento do controle de constitucionalidade no início do século XIX até o início do século XX resumia-se ao controle de constitucionalidade de leis estaduais de natureza tributária ou regulamentadoras do comércio interestadual. Entendia-se que a prosperidade e o crescimento da indústria americana dependiam da livre circulação de mercadorias entre os estados e, assim, a Suprema Corte tivera papel fundamental no fortalecimento da federação, mediante o controle de constitucionalidade de leis estaduais que de alguma forma podiam onerar ou dificultar o comércio entre os diferentes estados membros (SCHWARTZ, 1966, p. 265).

Lêda Boechat destaca que, sob a Presidência de Salmon P. Chase, a Corte daria grande extensão ao poder nacional e condenaria maior

---

<sup>4</sup> Em que pese o fortalecimento do Governo Federal durante a gestão dos dois *Chiefs of Justice*, Lêda Boechat ressalta que Marshall e Taney encaravam de maneira diferente o federalismo. Enquanto para Marshall prevalecia o princípio da Supremacia Nacional, Roger B. Taney adotava o princípio do Duplo Federalismo, que preconizava a existência de dois governos independentes e soberanos: o da União e os dos Estados (RODRIGUES, 1992, p. 80).

número de leis estaduais do que Marshall nos seus anos mais ativos. Destacam-se, no período: 1) *Texas versus White (1869)*, em que foi declarada a perpetuidade e indissolubilidade da União, sendo nulos todos os atos decorrentes da convenção de secessão do Estado do Texas; 2) *Legal tender cases*, correspondentes a uma série de casos em que a Corte reafirmaria os poderes implícitos do Congresso, em especial o de política monetária relacionada ao curso do papel moeda (U.S., 1868; RODRIGUES, 1992, p. 68, 82).

## 5. O ativismo de defesa da política econômica liberal: o Governo dos Juízes (1895-1937)

O período que vai de 1895 a 1937 é conhecido como “Governo dos Juízes”, “Era Lochner” ou “Era de Transição”. Durante o aludido período, a Corte, sob a orientação de diversos *Chiefs of Justice*, declarou a constitucionalidade de diversas leis, que tinham por propósito a regulamentação da atividade econômica e direitos trabalhistas. Para a maioria dos juízes que compuseram a Suprema Corte na época, o maior instrumento da comunidade não era o governo, mas o mundo dos negócios. O Estado seria útil apenas para a proteção da liberdade individual. Durante esse período, houve, portanto, uma proteção exacerbada do capitalismo e larga adoção da teoria do *laissez-faire* (RODRIGUES, 1992, p. 97-156).

O caso mais representativo do aludido período seria *Lochner versus New York*, de 1905, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado de Nova Iorque que fixava em 10 horas diárias e 60 semanais a quantidade máxima de horas de trabalho nas padarias, sob a alegação de que a referida lei constituía interferência indevida sobre a liberdade contratual. O referido julgado representara

a substituição da teoria de presunção da constitucionalidade da legislação social, aplicada no *case Holden versus Hardy (1898)*, em que se declarou a constitucionalidade de lei do Estado do Utah, que limitava a oito horas o trabalho das minas. A partir de *Lochner*, passa-se a adotar a doutrina da “notificação judicial”, na qual havia uma “presunção de inconstitucionalidade” das leis sociais, segundo a qual caberia ao Estado provar a necessidade das medidas restritivas de liberdade contratual. Na ocasião, ficaram vencidos os Juízes John Harlan e Oliver Holmes; este declarou que o entendimento adotado pelo Tribunal estava de acordo com uma teoria econômica a qual não era mais aceita pela sociedade norte-americana de então. Harlan, por sua vez, sustentou que a abundância de testemunhos médicos demonstrava que a duração da vida dos padeiros era abaixo da média, estando eles mais sujeitos a irritações dos olhos, pulmões e brônquios, o que possibilitava a discricionariedade legislativa. Treze anos mais tarde, no *case Bunting versus Oregon (1918)*, a Suprema Corte declararia constitucional lei do Estado de Oregon que prescrevia a jornada máxima de 10 horas diárias, mas ressalvava a possibilidade de trabalhar mais três horas diárias, mediante o pagamento de horas extraordinárias, no valor de 1,5 da jornada normal (RODRIGUES, 1992, p. 130-131; SCHWARTZ, 1966, p. 260; WOLFE, 1991, p. 210-211).

Além do *Lochner case*, destacam-se, no aludido período: 1) *United States versus E. C. Knight Co (1895)*, em que se interpretou que a lei federal antitruste (*Lei Sherman Anti-Trust*, de 1890) não se aplicaria ao *Trust* do açúcar, entendendo-se por “comércio” apenas o transporte. Por conta dessa interpretação da Corte, chegou-se a afirmar (entre os críticos estava o Presidente Roosevelt) que os trustes industriais virariam “terra de ninguém”, já que acerca deles não poderiam legislar os estados (U.S., 1824),

tampouco a União; o referido entendimento teria vigorado por dez anos, quando, em outro *case* – *Swift and Co versus United States (1905)* –, a Corte deliberou pela aplicabilidade da Lei Sherman ao monopólio de carne da Companhia Swift; 2) *Smith versus Ames (1898)*, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Nebraska fixadora de tarifas nos transportes interestaduais, afirmando que as tarifas fixadas, irrazoavelmente baixas, subtraíram a propriedade das empresas ferroviárias sem a observância do devido processo legal; tal julgamento teria tornado a Suprema Corte uma espécie de “Supercomissão para Tarifas de Estradas de Ferro”; 3) *Danbury Hatters Case ou Loewe versus Lawlor (1908)*, em que a Corte, totalmente contrária à vontade do legislador, teria passado a aplicar a Lei Sherman contra os trabalhadores, mais especificamente contra os sindicatos ou associações trabalhistas; 4) *Adair versus United States (1908)*, no qual se declarou a inconstitucionalidade da Seção 10 da Lei Erdman, de 1º de junho de 1898, a qual proibia os contratos *yellow dog* das empresas de ferro, que se caracterizavam pela exigência de que o empregado não se filiasse a entidades trabalhistas, e permitia a discriminação de empregados já filiados, mediante a não contratação ou ameaça de demissão; 5) *Hammer versus Dagenhart (1918)*, em que declarada a inconstitucionalidade de lei federal que interditava o comércio interestadual de mercadorias fabricadas por crianças; e 6) *Adkins versus Children’s Hospital (1923)*, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei que estabeleceria um salário mínimo para as mulheres do Distrito de Colúmbia (U.S., 1917; RODRIGUES, 1992, p. 117, 122-127, 133 e 140-143; WOLFE, 1991, p. 210-211, 213).

Nesse contexto de hipervalorização do liberalismo econômico, não é difícil compreender por que o *New Deal* – plano de reestruturação

econômica proposto por Roosevelt com o propósito de superar a Grande Depressão de 1929, que consistia, basicamente, na delegação de poderes do Congresso Nacional para o Executivo, no que concerne à fixação salários, jornada de trabalho, preços e diversas questões sociais e de interesse dos trabalhadores – acabaria entrando em rota de colisão com a Suprema Corte. Diversas leis e resoluções decorrentes do plano de reestruturação econômica foram declaradas inconstitucionais, porquanto supostamente violadoras da cláusula do comércio ou dos poderes indelegáveis do Congresso em vários julgados: *Panama Refining Co. versus Ryan and Amazon Petroleum Corp. versus Ryan* (1935); *Perry versus United States* (1935); *Railroad Retirement Board versus Alton Rw Co.* (1935); *Schechter Poultry Corp. versus United States* (1935); *Louisville Joint Stock Bank versus Radford* (1935); *Hopkins Federal Savings & Loan Ass versus Cleary* (1935); *United States versus Butler* (1936); *Rickert Rice Mills versus Fontenot* (1936); *Carter versus Carter Coal* (1936); *Carter versus Carter Coal* (1936); *Ashton versus Cameron County Water Improvement District n. 1* (1936) (RODRIGUES, 1992, p. 116-117).

Em resposta ao posicionamento da Corte, Roosevelt propôs uma reforma do Poder Judiciário, consistente na possibilidade de nomeação de novos magistrados federais, sempre que os juízes atingissem 70 anos de idade e não requeressem a aposentadoria. Como resultado prático dessa reforma, a lei, se aprovada, permitiria o aumento imediato do número de juízes da Suprema Corte de 9 para 15, pondo fim à resistência às reformas preconizadas pelo referido chefe do Executivo. A Suprema Corte, evidentemente, posicionou-se desfavoravelmente à mudança. Carta dirigida pelo *Chief Hughes* ao Congresso dizia que o aumento do número de juízes, longe de fornecer mais dinâmica à Corte, iria comprometer a celeridade dos julgamentos. A grande imprensa, que até então havia ficado do lado de Roosevelt em seu embate com o Supremo Tribunal Federal, e boa parte dos partidários do Presidente no Congresso firmaram posição contrária à proposta, afirmando que tal lei tinha por propósito destruir a independência do Poder Judiciário (RODRIGUES, 1992, p. 120- 121; SCHWARTZ, 1966, p. 183- 184; BAUM, 1987, p. 41-42; ACKERMAN, 2008, p. 387-392).

Ao cabo de contas, a proposta de reforma esvaziou-se. Isso porque, dias após a leitura da carta, o *Justice Owen J. Roberts*, que até então pertencia ao grupo conservador, mudou de posição e, por apertada maioria, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade de lei do salário mínimo no distrito de Colúmbia, no case *National Labor Relations Board versus Jones and Laughlin Steel Corp.* (1937). Entendimento esse que se repetiu em julgados posteriores. A mudança de posição que evitou o “enchimento” da Corte foi denominada “*the switch in time that saved nine*” (a mudança

em tempo de salvar os nove) (RODRIGUES, 1992, p. 120-121; ACKERMAN, 2008, p. 387-392, 422-437; BAUM, 1987, p. 41-42).

## 6. O ativismo de reafirmação das liberdades civis: a Corte Warren

Na fase seguinte, a Corte passou a julgar temas relacionados à liberdade civil, os quais, segundo Baum, podem ser divididos em três grandes tipos gerais de direitos: direitos processuais de réus criminais e outros nos procedimentos governamentais; direitos de grupos menos favorecidos a igualdade de tratamento (negros, mulheres e outras minorias); e certos direitos “essenciais”, entre os quais estão a liberdade de expressão e religião (BAUM, 1987, p. 247).

Na condução desses temas, destacou-se a Corte presidida pelo *Justice* Earl Warren, no período de 1952 a 1969. Para Baum, Warren não tinha capacidade jurídica notável e teve de defrontar-se com uma Corte acentuadamente dividida entre liberais e conservadores, além de *Justices* altamente capacitados e com posição já firmada em relação a vários temas, como Black, Douglas e Frankfort. Todavia, Warren tinha indiscutível capacidade de liderança, que utilizava para produzir consensos, mesmo em casos polêmicos. Baum cita, por exemplo, o célebre caso *Brown versus Board of Education* (1954), no qual, apesar da sensibilidade do tema (integração racial) e da longevidade do precedente anterior (*Plessy versus Ferguson*, de 1896) e da nítida divisão da Corte, entre liberais e conservadores, o Supremo Tribunal, sob sua Presidência, emitiu uma decisão unânime (BAUM, 1987, p. 234).

Na decisão do caso *Brown versus Board of Education* (Junta de Educação), de 1954, a Corte finalmente pôs fim à doutrina “iguais, mas separados” (*equal, but separate*). De acordo com a referida doutrina, admitia-se a segregação racial

nas escolas do Sul, existindo, assim, escolas destinadas exclusivamente para brancos e escolas destinadas exclusivamente para negros. Brown foi o primeiro passo para o fim da segregação. A implementação da decisão da Corte, contudo, sofreu grande resistência, inclusive de Juizes e de administradores de escolas, e resultou em um longo processo de integração social, que demorou duas décadas para sua efetiva implementação. Relevante para a implementação da decisão foi a própria atuação do Congresso Nacional que, em 1964, permitiu que fossem negadas verbas federais às instituições que praticassem a segregação racial. Outro fator que acelerou o processo de integração social foi a Lei de Votos de 1965, ao possibilitar o aumento de eleitores negros no Sul (BAUM, 1987, p. 306 e 306). Tais circunstâncias enfatizam que, em certos casos, mais do que uma simples decisão judicial, o diálogo entre as instituições é imprescindível para a implementação de certas políticas públicas sensíveis ao corpo social.

Além dos casos concernentes à integração racial, a Corte Warren destacou-se pelo julgamento dos *cases*: 1) *Mapp versus Ohio* (1961), em que a Corte aplicou a norma de exclusão (*exclusionary rule*) para uma busca realizada em desacordo com a quarta emenda (que proíbe buscas e apreensões desarrazoadas ou sem mandado);<sup>5</sup> 2) *Engel versus Vitale* (1962)

---

<sup>5</sup>No caso concreto, policiais desconfiavam que um suspeito de uma recente explosão, bem como materiais concernentes a apostas ilegais, estava na residência da Sra. Dollree Mapp; solicitado o ingresso na residência pelos policiais, após ligar para seu advogado, a acusada solicitou a apresentação de mandado judicial; chegado reforço policial, os policiais teriam apresentado a Mapp um papel que se supunha ser um mandado (mas não era), ingressaram na residência e não encontraram o suspeito ou qualquer material concernente à aposta ilegal, mas tão somente material pornográfico, de posse proibida, de acordo com as leis de Ohio. A Corte, então, declarou que a prova obtida com a busca e apreensão indevida não poderia ser utilizada no referido processo, porquanto a busca e apreensão teria se dado em desacordo com a Quarta Emenda. Ver U.S., 1961; BAUM, 1987, p. 308.

e *Abington School District versus Schempp* (1963), nos quais a Suprema Corte decidiu que as escolas públicas não podiam realizar orações tampouco exercícios de leitura da Bíblia com seus alunos; 3) *Miranda versus Arizona* (1966), em que a Corte anulou uma condenação porque o suspeito não teria sido informado, antes de seu interrogatório, de seu direito ao silêncio e à presença de advogado; 4) *Griswold versus Connecticut* (1965), caso em que se declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos (BAUM, 1987, p. 310-311).

## 7. Um paralelo entre o ativismo judicial nos Estados Unidos e o recente ativismo judicial no Brasil

Realizado esse brevíssimo esboço do ativismo judicial da Suprema Corte Norte, verifica-se que o ativismo ali praticado, durante os períodos estudados, pode ser classificado em três fases: 1) a da contenção do poder legiferante dos Estados membros (ativismo de fortalecimento do Governo Federal); 2) a da contenção do poder de regulamentação da economia, de acordo com determinada política econômica (a do liberalismo político); e 3) a da contenção da atividade legislativa – estadual e federal – no que se refere a limitações de direitos e garantias individuais previstos na Constituição (*Bill of Rights*).

Comparado o referido ativismo com aquele exercitado pela Suprema Corte brasileira na última década, percebe-se, de logo, uma nítida diferença.

Enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implemen-

tação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social.

Com efeito, se forem verificados os casos mais polêmicos de ativismo judicial do Poder Judiciário do Brasil e da Suprema Corte, em particular, nesta última década, contata-se que tal ativismo tem por objeto compensar a inércia do Poder Legislativo ou do Executivo quanto ao enfrentamento de determinados temas, conforme se vê nos casos abaixo enumerados:

a) ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, cautelar deferida em 29/4/2004: legitimidade de intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas (veto do Presidente da República a dispositivo que previa custeio mínimo de ações destinadas à saúde em lei orçamentária anual); tal precedente geralmente é invocada em ações que tratam do fornecimento de tratamento médico ou garantia de educação básica à população carente;

b) ADPF nº 144, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 6/8/2008: tentativa (frustrada) de criação de hipótese de inelegibilidade para réus com condenação criminal não transitada em julgado (o não acolhimento da referida proposta de ativismo judicial resultou na elaboração da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010, decorrente do processo constitucional de iniciativa popular);

c) Súmula Vinculante nº 13, publicada em 29/8/2008: proibição de contratação de parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante; e ADC nº 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 20/8/2009: declaração de constitucionalidade de resolução do CNJ – órgão do Poder Judiciário – que dispunha sobre a proibição de contratação de parentes até o terceiro grau, para cargos de comissão ou função gratificada;

d) ADI nº 3.999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 12/11/2008: declaração de



constitucionalidade de resoluções do TSE que regiam o processo e o julgamento de perda do mandato parlamentar na hipótese de desfiliação partidária;

e) ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 5/5/2011: interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil (e mutação constitucional da interpretação do artigo 226, §3º, da CR), para reconhecer a pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva) o regramento infraconstitucional da união estável;

f) ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12/4/2012: interrupção da gravidez de fetos anencéfalos;

e, por fim, para citar um tema que se encontra na ordem do dia:

g) ADI nº 4.650, Rel. Ministro Luiz Fux, julgamento ainda não concluído, iniciado em 11/12/2013: limites de doações para financiamentos de campanha eleitorais, sobretudo quanto às doações feitas por pessoas jurídicas.

Os precedentes acima citados bem ilustram que os casos mais significativos de ativismo judicial da Suprema Corte referem-se não à contenção do ativismo do Poder Legislativo, mas sim à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas sensíveis à população.

O interesse em não legislar decorre de diversos fatores, entre eles o caráter analítico da Constituição brasileira, a repartição de competências legislativas, com preponderância da competência do Legislativo Federal, déficit de representatividade, e deita raízes no próprio sistema eleitoral brasileiro.

Note-se que, enquanto nos Estados Unidos o sistema majoritário leva à sobrevivência de poucos candidatos e, conseqüentemente, a poucos partidos, que são facilmente diferenciados quanto a temas relacionados a direitos civis, sociais e matéria tributária; no Brasil, em prestígio

ao pluripartidarismo, que seria mais adequado às representações das minorias, adotou-se um sistema proporcional de lista aberta com voto uninominal, em que cada voto é atribuído, ao mesmo tempo, para um candidato e para a legenda que o ajudará a eleger-se. Nesse sistema são eleitos os mais votados dentre os partidos que ultrapassaram o quociente eleitoral, de acordo com o número de vagas conquistadas por cada legenda. Acrescente-se ao original sistema brasileiro a possibilidade de coalizões entre partidos meramente instrumentais (ou seja: que valem somente enquanto durarem as eleições). Aliás, diz-se, com acerto, que no Brasil, via de regra, os partidos não possuem qualquer ideologia, mas são apenas pontes para o exercício da capacidade eleitoral passiva.

O sistema eleitoral brasileiro, ao cabo de contas, faz com que os parlamentares, com raras exceções, evitem firmar posição quanto a temas polêmicos. Não firmam posição contrária às pretensões da minoria que pretende ter o direito afirmado, pois receiam que a perda de voto dessa minoria lhes seja significativa; não firmam posição favorável porque temem que outra minoria, que se opõe à primeira, retire o seu apoio nas urnas. Por causa dessas idiosincrasias do nosso sistema eleitoral, talvez não haja paradoxo a melhor representar o posicionamento de boa parte dos congressistas em temas polêmicos: “Não sou contra nem a favor, muito pelo contrário...”

Destarte, para boa parte dos membros das duas Casas do Poder Legislativo, mais do que o desinteresse de legislar em relação a certos temas, existe, na verdade, o interesse em não legislar; interesse em evitar temas polêmicos em que a assunção de determinada posição pode afastar parcela de votos do eleitorado que o elegeu. E, no sistema proporcional, onde poucos candidatos ultrapassam o quociente eleitoral, cada voto é importante.

Essa omissão consciente do Poder Legislativo é denominada, por alguns autores, de “delegação estratégica” (de questões polêmicas) ao Poder Judiciário. A respeito do tema, Medeiros chega a afirmar que é quase uma impossibilidade o Poder Legislativo brasileiro deliberar sobre certas questões, como o aborto e a união homoafetiva, que deverão ser deixadas para o Poder Judiciário disciplinar (MEDEIROS, 2011, p. 535).

Quanto ao déficit de representatividade, Cappelletti leciona que os valores políticos são – muitas vezes – locais, corporativos ou de grupo, do que decorre o declínio de confiança nos parlamentos eleitos, criando-se, então, um déficit na representação, que liga o eleitor ao seu representante eleito. Não bastasse a indiferença do legislativo a certos reclames sociais, o aparato administrativo, por vezes, é entendido como paternalístico, autoritário e inacessível. Disso decorre um sentimento de impotência e abandono, de “solidão na multidão”, comum à massa dos cidadãos que não participam dos grupos de pressão, sendo o Poder Judiciário o local onde há de ser buscada a implementação dos direitos sociais que, garantidos na Constituição, não foram efetivados (CAPPELLETTI, 1999, p. 45-46).

O fato é que, ao não legislar sobre a matéria, o interessado procurará quem puder assegurar a sua pretensão e, nesse aspecto, o Poder Judiciário mostra-se a mais democrática das instituições, porquanto, diferentemente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não pode aludir à conveniência ou oportunidade de julgar as questões morais que lhe são apresentadas: ou afirma o direito ou nega-o. Como relembra Cappelletti, os tribunais são mais acessíveis aos cidadãos do que outros órgãos dos demais poderes. Enquanto a chave para abrir as portas de um tribunal é simplesmente o pedido da parte, uma audiência perante uma alta autoridade do Legislativo ou Executivo ocorre apenas quando a parte interessada ou é muito rica ou é poderosa (CAPPELLETTI, 1999, p. 106).

Partindo dessa constatação, José Cláudio Pavão Santana (2010), em diversas conferências a respeito do tema sugere a substituição da expressão “ativismo judicial” por “ativismo jurídico”, isto porque a última expressão ressalta o princípio da inércia do Poder Judiciário, dividindo o crédito (e as críticas) do ativismo judicial com os demais operadores do Direito – Defensores Públicos, Advogados, membros do Ministério Público etc. – corresponsáveis pela concretização dos direitos e garantias fundamentais e, às vezes, pelos equívocos do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Por fim, ressalte-se que, bem ou mal, e mesmo no caso do brasileiro, em que o ativismo judicial corresponde, em certa medida, a certa inatividade dos Poderes Legislativo e Executivo, o ativismo judicial pressupõe, ao menos, a existência de uma sociedade democrática. Nesse sentido é de se notar que o tema, no Brasil, ganhou relevo apenas após a superação



do regime ditatorial, com o advento da Constituição Cidadã e a substituição de certa parcela dos Ministros nomeados durante o antigo regime. Não se fala em ativismo judicial em regimes ditatoriais. Aliás, segundo Cappelletti, o próprio *overload* ou sobrecarregamento dos parlamentos, empenhados em questões e discussões de política geral e partidária, do que decorre sua grande dificuldade de responder com a rapidez necessária à demanda desmedidamente aumentada da legislação destinada à garantia do bem-estar social (direitos de segunda geração), um dos fatores do ativismo, é uma característica dos estados de regime não autoritário e liberal (CAPPELLETTI, 1999, p. 43).

## 8. Considerações finais

Ao final deste artigo, chegam-se às seguintes conclusões:

a) a expressão ativismo judicial, desde sua origem, tem se mostrado bastante imprecisa; fraca quanto ao significado e forte quanto à carga emocional, geralmente refere-se ao exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a questões morais e políticas; para fins deste trabalho, prefere-se o conceito sugerido por Lawrence Baum, qual seja: a substituição de políticas públicas do Poder Legislativo ou Executivo pelo Poder Judiciário;

b) o ativismo praticado nos Estados Unidos, durante os períodos estudados (1803-1969), pode ser classificado em três fases: 1) a da contenção do poder legiferante dos Estados-membros (ativismo de fortalecimento do Governo Federal); 2) a da contenção da intervenção do Estado na economia, de acordo com determinada política econômica (a do liberalismo político); e 3) a da contenção da atividade legislativa – estadual e federal – no que se refere aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Norte-Americana (*Bill of Rights*);

c) enquanto nos Estados Unidos o caráter sintético da Constituição e o sistema de eleição majoritário ensejaram uma postura ativista tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário, no Brasil, o sistema de eleição proporcional e o caráter analítico da Constituição têm levado a um passivismo legislativo e a um ativismo judicial;

d) ao não legislar sobre a matéria, o interessado procurará quem puder assegurar a sua pretensão e, nesse aspecto, o Poder Judiciário mostra-se a mais democrática das instituições, porquanto, diferentemente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não pode aludir à conveniência ou oportunidade de julgar as questões morais que lhe são apresentadas;

e) se o ativismo judicial, como vem sendo praticado no Brasil, é bom ou mau, é fato que pressupõe, ao menos, uma circunstância política extremamente positiva, qual seja: a existência de uma sociedade democrática.

## Referências

- ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Tradução de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BEARD, Charles. *A suprema corte e a Constituição*. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 393-401.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 541-595.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KETCHAM, Ralph. *Escritos antifederalistas* (y debates de La convención constitucional de EE. UU.). Barcelona: Hacer, 1996.
- MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia?: a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 529-540.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992.
- SANTANA, José Cláudio Pavão. Constituição: entre o contratado e o desejado. *Os constitucionalistas*, 31 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/constituicao-entre-o-contratado-e-o-desejado>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- SCHWARTZ, Bernardo. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.
- UNITED STATES. Supreme Court. Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 9 Wheat. 1 1 (1824). *Justia*, v. 22, 1824. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=22&invol=1>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. Texas v. White, 74 U.S. 7 Wall. 700 700 (1868). *Justia*, v. 74, 1868. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/74/700/case.html>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. Bunting v. Oregon 243 U.S. 426 (1917). *Justia*, v. 243, 1917. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/426/>>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961). Justia, v. 367, 1961. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/426/>. Acesso em: 29 out. 2014.

WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Tradução de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991.

# Contratos de transferência de tecnologia

## Custos de transação *versus* desenvolvimento

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

MARCELLE FRANCO ESPÍNDOLA BARROS

Marcia Carla Pereira Ribeiro é professora titular de Direito Societário (PUCPR) e professora associada de Direito Empresarial (UFPR). Pós-doc pela FGVSP (2006) e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012). Pesquisadora Conv. Université de Montréal – CA (2007). Bolsista de Produtividade da Fundação Araucária – PR.

Marcelle Franco Espíndola Barros é advogada e pós-graduada em Propriedade Intelectual pela PUCRJ (2009). LL.M em Contratos Internacionais e Resolução de Disputas pela Universidade de Turim/Itália (2013), mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Bolsista da Capes.

### Sumário

1. Introdução. 2. Importância da inovação a partir do século XX. 3. Contratos de transferência de tecnologia. 3.1. Conceito e classificação. 3.2. Proteção jurídica dos contratos de transferência de tecnologia no exterior. 3.3. Proteção jurídica dos contratos de transferência de tecnologia no Brasil. 3.4. Funções da averbação/registro; regras escritas e não escritas para aprovação de contratos de transferência de tecnologia pelo INPI. 4. Custos de transação nos contratos de transferência de tecnologia. 5. Possíveis soluções para promoção do desenvolvimento. 6. Conclusão

### 1. Introdução

Muito se discute acerca dos limites da intervenção do Estado na vida econômica. Vai longe o tempo em que se acreditava na suficiência da mão invisível apregoada por Adam Smith para regular o mercado. No início do século XX, notadamente a partir da grande depressão, difundiu-se a teoria de John Keynes acerca da necessidade de forte intervenção do Estado como fórmula para solução das crises, o que culminou com a adoção da política econômica do bem-estar. Como a história é quase sempre pendular, não tardou muito para que as ideias liberais ressurgissem e com isso se questionassem os inconvenientes da maior participação estatal na economia.

Hoje, os países tendem a adotar maior intervenção durante alguns ciclos, sucedidos de menor intervenção em outros, e assim sucessivamente. Há vantagens e desvantagens na maior e menor intervenção estatal.

O presente artigo tem como objetivo estudar a intervenção estatal – no caso, via Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) –, no registro e averbação de contratos de transferência de tecnologia no Brasil. Metodologicamente, o problema que guia o estudo é se as regras escritas e não escritas para registro de tais contratos contribuem para o desenvolvimento do País. O instrumental teórico da análise econômica do direito será utilizado para compreender essa questão e buscar resposta.

Ao longo de todo o artigo, será verificada a compatibilidade – ou não – do sistema brasileiro de transferência de tecnologia com a busca do desenvolvimento econômico e social.

Após esta introdução, far-se-á uma análise da importância da inovação, objeto dos contratos de transferência de tecnologia, notadamente a partir do século XX, para o desenvolvimento dos países. Em seguida, serão estudados os conceitos e espécies contratuais, a proteção jurídica concedida em âmbitos internacional e nacional, bem como as funções e as regras escritas e não escritas para o registro/averbação dos contratos de transferência de tecnologia no Brasil. Na sequência, serão examinados os custos de transação, com base na escola da análise econômica do direito, nos contratos de transferência de tecnologia, em razão das regras para seu registro perante o INPI. No quinto tópico, serão apresentadas possíveis soluções para o problema da forte intervenção estatal nesse negócio jurídico, de forma a promover o desenvolvimento, nos termos propugnados pela Constituição da República (artigos 3º, 5º, 170 e 219). Ao final, apresentar-se-á uma conclusão.

## **2. Importância da inovação a partir do século XX**

O ponto de partida do presente estudo passa, necessariamente, pela compreensão da importância da inovação, especialmente a partir do século XX, para o desenvolvimento dos países.

Na década de 1960, o economista Fritz Machlup, ao publicar sua obra *Production and Distribution of Knowledge in the United States* (em tradução livre, *A Produção e Distribuição do Conhecimento nos Estados Unidos*), foi um dos primeiros a analisar o conhecimento como um recurso econômico, sendo, por isso, conhecido como o pai do conceito de sociedade da informação (hoje, chamada sociedade do conhecimento). Com o intuito inicial de analisar entraves da livre concorrência – notadamente no sistema de patentes –, aquela obra acabou por examinar quantitativamente o grande impacto da produção de conhecimento no produto interno bruto dos Estados Unidos. De acordo com o economista, o conhecimento e a produtividade gerados são fatores decisivos para o crescimento econômico (MACHLUP, 1962, p. 84).

Uma das formas de se transformar o conhecimento em bem econômico é o desenvolvimento de inovação tecnológica, ou seja, é a transformação do conhecimento em produto ou processo com valor econômico apto a ser, então, comercializado.

Na mesma época em que Machlup publicou sua obra acerca do conhecimento como recurso econômico, intensificaram-se os estudos acerca da importância da inovação para o desenvolvimento do comércio internacional. Em 1961, Richard Posner foi o pioneiro, seguido por outros autores como Freeman, em 1963, Hirsch, em 1965, e Vernon, em 1966, entre outros. Em linhas gerais, esses autores destacam – não obstante a peculiaridade de cada tese – que desenvolver novos produtos leva ao aumento do fluxo internacional, ou seja, empresas que inovam normalmente possuem escala produtiva e exportadora superior (CZELUSNIAK; RIBEIRO et al., 2011, p. 3).

Mais do que o aumento do comércio exterior, Schumpeter (1982, p. 40), ainda no início do século XX, pontificava que a inovação tecnológica estava intimamente associada à mola propulsora do processo de desenvolvimento econômico. Quase um século depois, as lições do economista austríaco continuam a reverberar nos pesquisadores da atualidade, como em Timm (2009, p. 68), que afirma que “a inovação tecnológica é o caminho do desenvolvimento econômico”; e em Wachowicz (2007, p. 71), para quem “a atualidade das questões relativas ao desenvolvimento econômico e o acesso às novas tecnologias são estratégicas para as economias dos Estados [...]”.

No mesmo sentido, Sen (2010, p. 15-16) prega a promoção do bem-estar social e do desenvolvimento por meio da tecnologia:

“De fato, não poderemos reverter as dificuldades econômicas dos pobres no mundo se impedirmos que eles tenham acesso às grandes vantagens da tecnologia contemporânea, à bem estabelecida eficiência do comércio e do intercâmbio internacionais e aos méritos sociais e econômicos de viver em uma sociedade aberta.

Na verdade, o ponto central é como fazer um bom uso dos formidáveis benefícios do intercuro econômico e do progresso tecnológico de maneira a atender de forma adequada aos interesses dos destituídos e desfavorecidos.”

Nesse contexto, a sociedade do conhecimento passa a ser cada vez mais dependente da inovação tecnológica para o seu desenvolvimento. Muitos são os benefícios<sup>1</sup> – tanto econômicos quanto sociais – promovidos pela

---

<sup>1</sup> Embora não seja objeto deste artigo, não se podem ignorar também as desvantagens do avanço tecnológico: danos ao meio ambiente, desemprego em razão da substituição do

tecnologia, e sua relação com o desenvolvimento econômico pode ser verificada pelo aumento constante do número de patentes depositadas no Brasil e no mundo.

De acordo com o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, nos últimos dez anos (entre 2001 e 2011), o volume de patentes depositadas passou de 21.618 para 31.765, um aumento de aproximadamente 60% (INPI, 2013a). A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) divulgou que, em 2011, os pedidos de patentes globais, ainda que abalados pela crise mundial de 2008, cresceram 10,7% em relação a 2010 (WIPO, 2012).

Como afirma Forgioni (2013, p. 317), “se no século XX os principais objetos do comércio eram petróleo, aço e mão de obra barata, agora, no século XXI, esse foco repousa sobre informação, tecnologia e conhecimento”.

Do ponto de vista jurídico, a inovação tecnológica é protegida pelo direito da propriedade intelectual. Logo, o debate sobre formas de desenvolvimento perpassa questões afetas à propriedade intelectual, notadamente no que se refere ao comércio exterior.<sup>2</sup>

Países que protegem e respeitam a propriedade intelectual costumam atrair mais investimentos estrangeiros, uma vez que garantem segurança aos investidores no sentido de que suas inovações estarão devidamente protegidas.<sup>3</sup> Disso resulta que o ambiente institucional seguro favorece a realização de negócios jurídicos, tais como a celebração de contratos de transferência de tecnologia, o que pode levar ao incremento de pesquisa e desenvolvimento (P&D) e ao progresso tecnológico nacional.<sup>4</sup>

Landes e Posner (2003, p. 2) afirmam que a propriedade intelectual foi fundamental para o crescimento econômico dos Estados Unidos entre

---

homem por máquinas, armamentos nucleares, *stress*, consumismo exacerbado (LATOCHE, 2009, p. 1-36).

<sup>2</sup> A partir da década de 1980, a propriedade intelectual passou a fazer parte das discussões internacionais relacionadas ao comércio, o que levou à necessidade de harmonizar as suas normas em âmbito mundial. Nesse sentido, a Rodada Uruguai do GATT (1994) incluiu o TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual), que estabelece padrões mínimos para a proteção da propriedade intelectual a serem observados pelos seus 159 signatários (CZELUSNIAK; et al., 2011, p. 1-6).

<sup>3</sup> Nesse sentido, cite-se a mudança de paradigma da política do Banco Mundial para promover o desenvolvimento. Se, nas décadas de 1970 a 1990, a receita envolvia investimentos em infraestrutura, hoje a recomendação é para a promoção de reformas jurídicas, com vistas a propiciar maior segurança e estabilidade (DAVIS; TREBILCOCK, 2009, p. 217-268).

<sup>4</sup> Por outro lado, não é pacífico que o fortalecimento da propriedade intelectual e as inovações possam levar, por si sós, ao desenvolvimento dos países. Afirma-se que somente países que possuem estruturas bem desenhadas podem beneficiar-se desse fortalecimento. A história demonstra que muitos países adotaram política de forte proteção à propriedade intelectual somente após se tornarem desenvolvidos. Em outras palavras, alguns países hoje desenvolvidos garantiam, no passado, baixa proteção aos direitos da propriedade intelectual e ainda tinham como praxe violar tais direitos de terceiros (ZUCOLOTO, 2013b, p. 7).

os anos de 1970 e 1980. E continua a ser fundamental, pois a propriedade intelectual representa hoje o maior produto de exportação dos Estados Unidos, mantém 27,1 milhões de empregos diretos e 12,9 milhões de indiretos, o que significa dizer que 30% de todos os empregos daquele país estão, direta ou indiretamente, ligados à propriedade intelectual; além disso, nesse setor, a média remuneratória é superior à dos demais (ESPINEL, 2012).

No Brasil, o principal produto de exportação ainda são *commodities*. A propriedade intelectual representa apenas 1,2% a 2% do Produto Interno Bruto (PIB) e 2% da mão de obra (IPEA, 2013). Apesar dos números tímidos e bem distantes das estatísticas norte-americanas, há semelhança em relação ao fato de os trabalhadores brasileiros ligados à propriedade intelectual serem mais qualificados (IPEA, 2013) e mais bem remunerados em comparação às demais áreas, tal como ocorre nos Estados Unidos.

Em recente pesquisa publicada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, constatou-se que empresas que utilizam patentes ou alta tecnologia têm maiores chances de exportar bens de valor mais elevado e, conseqüentemente, ter maior participação nas exportações (ZUCOLOTO, 2013a, p. 58-59).

A partir dos dados americano e brasileiro, é possível concluir que o desenvolvimento de patentes, as inovações tecnológicas e a celebração de contratos de transferência de tecnologia ampliam o potencial competitivo do país e de suas empresas.

Como pontuam Ribeiro e Agostinho (2011, p. 363), porém, nem toda inovação leva automaticamente ao desenvolvimento sob o ponto de vista do ganho social. Há inovações que podem gerar benefício econômico, sem uma conseqüente melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.<sup>5</sup> Para os autores, a participação do Estado é fundamental, notadamente através de empresas estatais, o que leva ao real desenvolvimento da sociedade (RIBEIRO; AGUSTINHO, 2011, p. 365).

Diante desses dados, é alvissareiro notar que a propriedade intelectual tem gradualmente ganhado espaço na pauta de discussões do governo brasileiro para a implementação de políticas públicas que visem à sua utilização como uma das ferramentas do progresso tecnológico e do desenvolvimento nacional.<sup>6</sup> Contudo, será demonstrado que ainda há

---

<sup>5</sup> Hoje já está devidamente consolidado na doutrina jurídica que crescimento econômico não equivale a desenvolvimento. Aquele é apenas um instrumento para a obtenção deste. O verdadeiro desenvolvimento é aquele que promove a melhoria da qualidade de vida da sociedade (HACHEM, 2013).

<sup>6</sup> Tem-se percebido um crescente aumento nos debates envolvendo a propriedade intelectual na esfera governamental. Citem-se, como exemplos, as recentes discussões envolvendo o marco civil da internet e a revisão da lei de patentes (Lei nº 9.279/1996). Ademais, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) vem desenvolvendo uma série



grandes obstáculos a serem vencidos, notadamente no que toca aos contratos de transferência de tecnologia celebrados no Brasil.

### 3. Contratos de transferência de tecnologia

Examinada a importância da tecnologia para o desenvolvimento na sociedade atual, passa-se ao estudo do contrato de transferência de tecnologia.

#### 3.1. Conceito e classificação

Para Czelusniak (2010, p. 12), a tecnologia pode ser definida como “uma combinação entre técnica e conhecimento organizado”.

Já a transferência de tecnologia, conforme definição da *United Nations Conference on Trade and Development – Unctad* (2001), é o processo pelo qual a tecnologia objeto de comércio é distribuída. Independentemente da formação de contrato, tal transferência significa comunicação entre o titular da tecnologia e o receptor.

Barbosa (2003, p. 1093) afirma que a transferência de tecnologia “é um processo de comercialização de um bem que se constitui em fator cognitivo da atividade empresarial”.

No âmbito do direito econômico, Figueiredo (2012, p. 640) conceitua o contrato de transferência de tecnologia como “negociação econômica e comercial que, observados os preceitos legais, visa a promover o progresso da empresa receptora e o desenvolvimento econômico do país”.

No que tange à classificação das espécies de contratos de transferência de tecnologia, legislações e doutrina não são uníssonas. A Lei da Propriedade Industrial optou por não defini-las. A Lei nº 10.168/2000, alterada pela Lei nº 10.332/2001, que instituiu a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) para financiar o programa de estímulo à interação universidade-empresa para apoio à inovação, dividiu os contratos em (a) exploração de patentes ou de uso de marcas; (b) fornecimento de tecnologia; e (c) prestação de assistência técnica (BRASIL, 2000).

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) utilizou rol de classificação maior. Para a autarquia federal, os contratos de transferência de tecnologia podem ser divididos em (a) cessão e licença de direitos de propriedade industrial (exploração de patentes, exploração de desenho industrial ou uso de marcas); (b) aquisição de conhecimentos tecnológi-

---

de estudos relacionados à propriedade intelectual, e o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (Gipi) tem realizado um trabalho de governança da propriedade intelectual no Brasil. Destaca-se, ainda, o Plano Brasil Maior, um programa do Governo federal que trata da política industrial, tecnológica e de comércio exterior do Brasil.

cos (fornecimento de tecnologia e de prestação de serviços de assistência técnica e científica); (c) franquia; e (d) licença compulsória para exploração de patente.<sup>7</sup>

Comumente, a doutrina (BARBOSA, 2003, p. 964-968; RIBEIRO; CZELUSNIAK, 2013, p. 24; TIMM, 2009, p. 80) divide os contratos de transferência de tecnologia em (a) *propriedade industrial*, licenças e cessões que se referem a um direito da propriedade industrial já depositado ou registrado no INPI, como marcas, patentes, desenhos industriais etc.; (b) *tecnologia não patenteada*, que não envolve direitos da propriedade industrial objeto de registro na autarquia federal, como segredos e *know-how*; (c) *serviços técnicos* que envolvem a obtenção de técnicas e métodos de aplicação de tecnologia; e (d) *projetos de engenharia*, como o projeto *turn-key*, que contém as informações técnicas e as tecnologias desenvolvidas para a criação de uma planta industrial.<sup>8</sup>

### 3.2. Proteção jurídica dos contratos de transferência de tecnologia no exterior

Os países mais desenvolvidos economicamente controlam a maior parte da alta tecnologia produzida no mundo (TIMM, 2009, p. 84). Para comprovar a assertiva, basta dizer que, por cem anos, apenas três escritórios de patentes – Alemanha, Japão e Estados Unidos – ocuparam a primeira posição em número de

<sup>7</sup> Tal classificação está prevista na Instrução Normativa nº 16/13, que revogou o Ato Normativo nº 135/97. Com a publicação da referida instrução, a licença compulsória para exploração de patente passou a ser classificada pelo INPI como contrato de transferência de tecnologia.

<sup>8</sup> É oportuno diferenciar o ato de averbar e o de registrar contratos. O primeiro refere-se a contratos de uso de marca, exploração de patente e outros, já devidamente depositados ou registrados perante o INPI, ou seja, o ato da autarquia federal é de anotação no pedido ou registro já existente. Enquanto, nos casos de contrato de *know-how*, assistência técnica etc., ocorrerá o registro, uma vez que não há qualquer anotação prévia.

depósitos de patentes (WIPO, 2013), ao passo que os países em desenvolvimento estão em clara desvantagem tecnológica.

Na década de 1970, a Unctad propôs um código de conduta internacional sobre transferência de tecnologia, com vistas a atenuar a assimetria entre os titulares da tecnologia no cenário mundial – as multinacionais oriundas de países ricos – e os países carentes de tecnologia. Contudo, o código não vingou, em decorrência justamente da falta de consenso entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento. Enquanto os primeiros, de política liberal, buscavam proteger suas tecnologias por meio de regras da concorrência, os segundos mantinham uma política protecionista contra as multinacionais, em clara oposição aos objetivos dos primeiros (BARBOSA, 2002).

Em 1994, o Acordo TRIPS (em inglês, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), ao estabelecer padrões mínimos de proteção para a propriedade intelectual nos países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), tratou da transferência de tecnologia no âmbito internacional (art. 40), mas não foi capaz de reduzir as diferenças entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Conforme assinala Zucoloto (2013a, p. 66), “a hegemonia dos Estados Unidos certamente desempenhou um papel decisivo na emergência de TRIPS. [...] Como decorrência da pressão exercida pelo governo norte-americano, tais negociações foram transferidas da OMPI – o fórum tradicional para acordos e convenções de PI, que administra as Convenções de Paris e de Berna – para o GATT, com implicações políticas importantes. A inserção da agenda de PI na Rodada Uruguaí associou institucionalmente PI e comércio, e aumentou a capacidade do United States Trade Representative (USTR – Representante de Comércio dos Estados Unidos) de coagir outros Estados a aceitar e cumprir o novo regime de PI representado por TRIPS. O poder econômico dos Estados Unidos foi amplamente utilizado antes e durante as negociações deste acordo para forçar os países em desenvolvimento a aceitar os padrões mais elevados de proteção de PI nele incorporados. [...] Foi propício para a aprovação do TRIPS que os países que ofereciam maior resistência ao acordo, e que eram os mais acusados de violar direitos de PI, também eram altamente

Além da normativa internacional, a transferência de tecnologia é regulada pelo ordenamento jurídico interno de cada país, em especial pelas leis que tratam da propriedade industrial e da concorrência. Nos Estados Unidos (TIMM, 2009, p. 50) e em países membros da União Europeia,<sup>10</sup> a análise de eventual abuso de poder econômico passa ao largo dos escritórios de marcas e patentes, cabendo às autoridades antitruste e ao judiciário, em observância às suas leis de concorrência.

A Índia, a despeito de seu passado protecionista, flexibilizou recentemente suas regras para excluir restrições à liberdade das partes nos contratos de transferência de tecnologia – mais uma vez aqui, nada de análise e fiscalização do escritório de marcas e patentes. Desde 2009, os contratos são aprovados automaticamente, independentemente de prazos contratuais e valores remuneratórios, com vistas a incentivar a importação de tecnologia, sem entraves legais e burocráticos (JAGATI, 2012, p. 120-121).

Ao analisar a experiência internacional, é possível concluir que, de forma geral, os contratos de transferência de tecnologia são examinados apenas no que toca a possíveis restrições de concorrência e, portanto, submetidos às leis

antitruste, sem qualquer ingerência dos escritórios de marcas e patentes em seu conteúdo.

### 3.3. Proteção jurídica dos contratos de transferência de tecnologia no Brasil

No Brasil, diversas são as normas que tratam de transferência de tecnologia, entre elas legislações tributárias (Lei nº 4.131/1962; Lei nº 10.168/2000, normas regulamentares sobre imposto de renda etc.), concorrenciais (Lei nº 12.529/2011), da propriedade industrial (Lei nº 9.279/96), além de atos normativos do INPI (IN PR nº 16/13<sup>11</sup>).

A regulação da transferência de tecnologia depende diretamente da política econômica adotada pelo país – e as diversas mudanças de orientação político-ideológicas por que o Brasil passou nos últimos cinquenta anos não deixam dúvidas a esse respeito.

Na década de 1970, o Brasil, assim como muitos países da América Latina, seguiu um modelo econômico protecionista, centrado no estímulo à substituição das importações, em prol das empresas nacionais (LEITÃO, 2011, p. 57-64).

Nesse cenário político, a Lei nº 5.648/1970 criou o INPI, autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria e do Comércio. Em seu art. 2º, parágrafo único, estabeleceu-se que o INPI adotaria, com vistas ao desenvolvimento econômico do país, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia.<sup>12</sup>

---

dependentes do comércio com os Estados Unidos, e, portanto, vulneráveis a suas sanções comerciais”.

<sup>10</sup> Na Itália, por exemplo, os contratos de transferência de tecnologia podem ser apresentados ao escritório de marcas e patentes italiano – *Ufficio Italiano Brevetti e Marchi* –, com vistas a produzir apenas efeitos contra terceiros, nos casos de discussão acerca da legitimidade para explorar o objeto do contrato. No entanto, o escritório italiano não interfere nem fiscaliza o conteúdo das cláusulas contratuais. Assim, tanto na Itália, como nos demais países membros da União Europeia, a questão é analisada sob a ótica dos artigos 101, 102, 106 e 107 do Tratado de Constituição da União Europeia (TFEU – *Treaty on the functioning of the European Union*) e da Regulação nº 772/2004, que versa sobre transferência de tecnologia (AUTERI, 2012, p. 520-550). A partir de maio de 2014, passou a vigorar na União Europeia a Resolução nº 316/2014, em substituição à Regulação nº 772/2004, que continha prazo de vigência até abril de 2014.

---

<sup>11</sup> A Instrução Normativa nº 16/13, que revogou o Ato Normativo nº 135/97, dispõe sobre a normalização para a averbação e o registro de contratos de transferência de tecnologia e de franquia.

<sup>12</sup> “Art 2º. O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica. Parágrafo único. Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do País, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de téc-

Com base em sua lei de regência, no antigo Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71) e no Ato Normativo nº 15/75, todas afinadas com a política protecionista da época, o INPI usava de extremo rigor na análise dos contratos e interferia diretamente na autonomia da vontade das partes. Essa orientação, adotada até o fim da década de 1980, levou ao indeferimento de diversos contratos de transferência de tecnologia ou, ainda, à aprovação mediante exclusão de cláusulas consideradas proibidas ou inclusão de outras de cunho obrigatório (VIEGAS, 2007, p. 64-67).

Na obra coletiva elaborada pelo escritório de advocacia Dannemann, S. Bigler & Ipanema Moreira (IOS, 2003, p. 345), o papel do INPI, à época, foi assim sintetizado:

“O INPI era considerado um guardião do desenvolvimento tecnológico e possuía o poder discricionário de livre apreciação dos contratos de transferência de tecnologia, seguindo as diretrizes estabelecidas pelo Ato Normativo nº 15/75 e, muitas vezes, o seu próprio entendimento sobre a matéria e impacto econômico, em prol do interesse público.”

O excessivo dirigismo estatal dificultou – senão impediu – o ingresso de tecnologia estrangeira no Brasil. O INPI *comemorou* o fato de que, no período entre 1978 e 1983, o número de contratos indeferidos subiu assombrosamente de 4,7% para 27,3% (ARRUDA, 1984).

Como os agentes privados do mercado sempre buscam alternativas e encontram caminhos para realizar os negócios que lhes interessam, a política do INPI levou ao descumprimento de normas fiscais e cambiais – o que, logicamente, não foi motivo de celebração pelo governo. É que se tornou prática comum a assinatura de contratos de gaveta e contratos paralelos aos submetidos ao INPI (VIEGAS, 2007, p. 69-70).

A década de 1990 foi marcada por importantes transformações no quadro político-econômico-jurídico brasileiro. Houve a redemocratização do sistema político, a promulgação da Constituição da República, a abertura dos mercados brasileiros aos produtos importados, o lançamento do Plano Real, a estabilização da inflação e inúmeras privatizações (LEITÃO, 2011, p. 75).

É importante mencionar ainda o aprimoramento da política nacional de defesa da concorrência pelo advento da Lei Antitruste – Lei nº 8.884/94<sup>13</sup>, que atribuiu ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) maior autonomia para o controle dos efeitos an-

---

...nologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhe ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura, ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial” (BRASIL, 1970).

<sup>13</sup> Hoje, revogada pela Lei nº 12.529/2011.

ticoncorrenciais, inclusive no mercado de transferência de tecnologia (FORGIONI, 2013, p. 194).

Os bons ventos da mudança também alcançaram o INPI. A autarquia adotou medidas flexíveis e liberalizantes na análise dos contratos de transferência de tecnologia, com vistas a incrementar o processo de inovação tecnológica.

No contexto dessa nova orientação, os diplomas normativos internos também passaram por modificações importantes: houve a revogação do Ato Normativo nº 15/75, que prescrevia as cláusulas permitidas e vedadas nos contratos, e a importante edição do Ato Normativo nº 120/93, que determinava que ao INPI cabiam tão somente averbações e registros de contratos de transferência de tecnologia, sem qualquer controle das cláusulas contratuais ou intromissão na liberdade das partes (VIEGAS, 2007, p. 72).<sup>14</sup>

O passo seguinte foi a promulgação da atual Lei da Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/1996, que nasceu para atender às pressões dos países desenvolvidos – em especial, dos Estados Unidos<sup>15</sup> – e, ainda, às disposições do Acordo TRIPS. Como não poderia deixar de ser, a Lei tem caráter liberalizante e não possui nenhum dispositivo legal que prescreva controle dos contratos de transferência de tecnologia por parte do INPI.<sup>16</sup> Pelo contrário, a Lei da Propriedade Industrial, em seu art. 240, alterou o artigo 2º da Lei nº 5.648/70, que criara o INPI, dando-lhe a seguinte redação:

“Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial” (BRASIL, 1996).

Como se percebe da leitura acima, foi suprimido o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 5.648/70, que determinava ao INPI a adoção de medidas

---

<sup>14</sup> Para Barbosa (2003, p. 982-983), a revogação do Ato Normativo nº 15/75 e a edição do Ato Normativo nº 120/93 foram completamente ilegais, uma vez que não havia amparo legal, à época, para suprimir do INPI a competência de controlar os contratos de transferência de tecnologia.

<sup>15</sup> Na década de 1990, os Estados Unidos aplicaram uma série de sanções ao Brasil, como forma de pressionar o País a aumentar a proteção aos direitos da propriedade intelectual, em especial proteger as patentes de medicamentos (TIMM, 2009, p. 70).

<sup>16</sup> O capítulo da Lei da Propriedade Industrial, que trata da transferência de tecnologia, tem apenas um artigo que, por sua vez, não prevê poder ao INPI de fiscalizar ou controlar o conteúdo dos contratos: “Art. 211. O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros. Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro” (BRASIL, 1996).

capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia, com vistas ao desenvolvimento econômico do país. Isso quer dizer que ao INPI não cabe qualquer análise ou interferência no conteúdo dos contratos de transferência de tecnologia. Não há permissão legal para nenhuma medida nesse sentido (VIEGAS, 2007, p. 72-75).<sup>17</sup>

A previsão da Lei da Propriedade Industrial estava em perfeita consonância com o Ato Normativo nº 120/93 do INPI, ou seja, a orientação legal era a de não interferência nos contratos de transferência de tecnologia.

Em 1997, porém, houve nova guinada de rumo. O INPI revogou o referido Ato Normativo e editou o de nº 135/97, que estabeleceu:

“Normalizar os procedimentos de averbação ou registro de contratos de transferência de tecnologia e de franquia, na forma da LPI e de legislação complementar, especialmente a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e normas regulamentares sobre o imposto de renda, Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987, Lei nº 8.383, de 31 de dezembro de 1991, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e Decreto Legislativo nº 30, de 30 de dezembro de 1994, combinado com o Decreto Presidencial nº 1.355, da mesma data” (INPI, 1997).

Com isso, o INPI volta a controlar o cumprimento das leis citadas no ato e, apesar da ausência de restrições explícitas, retoma, na prática, sua postura intervencionista e fiscalizadora dos contratos de transferência de tecnologia.

O Ato Normativo nº 135/97 e todos os demais atos publicados até 31/12/2012 foram recentemente revogados pela Resolução nº 1, de 18/3/2013. Nascia a esperança, entre os ope-

<sup>17</sup> Em sentido oposto, Barbosa (2003, p. 983-984) entende que as legislações cambiais e tributárias conferem competência delegada ao INPI para atuar como assessor, *ex ante*, da Receita Federal e do Banco Central na análise dos contratos de transferência de tecnologia.

radores da propriedade industrial, de que o INPI, finalmente, limitar-se-ia a apenas analisar aspectos atinentes à propriedade industrial para o registro/averbação dos contratos.

A esperança findou com a publicação da Instrução Normativa nº 16/2013, que traz pouca alteração em relação ao conteúdo de sua antecessora.<sup>18</sup> Ao invés de reduzir sua esfera de atuação, a normativa ampliou-a com a inclusão da necessidade de averbação de licença compulsória para exploração de patente.

Em suma, a despeito da falta de amparo na legislação infraconstitucional, o INPI segue adotando uma postura intervencionista, nos moldes da praticada na década de 1970.

### **3.4. Funções da averbação/registro; regras escritas e não escritas para aprovação de contratos de transferência de tecnologia pelo INPI**

Os contratos que envolvem transferência de tecnologia estão sujeitos à averbação ou ao registro perante o INPI para produzirem efeitos em relação a terceiros. É o que determina o art. 211<sup>19</sup> da Lei da Propriedade Industrial (BRASIL, 1996).

<sup>18</sup> Vale notar que a Instrução Normativa nº 16/2013 praticamente repetiu os dispositivos legais constantes do Ato Normativo nº 135/97, sem sequer notar que a Lei nº 8.884/94, Lei Antitruste, foi revogada pela Lei nº 12.529/2011: “Art. 1º Normalizar os procedimentos de averbação ou registro de contratos de transferência de tecnologia, de franquia e de licença compulsória de patente, na forma da LPI e da legislação complementar, especialmente a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962; Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e normas regulamentares sobre imposto de renda; Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987; Lei nº 8.383, de 31 de dezembro de 1991; Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e Decreto Legislativo nº 30, de 30 de dezembro de 1994, combinado com o Decreto Presidencial nº 1.355, da mesma data, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, e Decreto nº 3.201, de 6 de outubro de 1999 e Decreto nº 4.830, de 4 de setembro de 2003” (INPI, 2013).

<sup>19</sup> O artigo 211 da Lei da Propriedade Industrial foi devidamente transcrito na nota de nº 16.



Além do efeito *erga omnes*, previsto no dispositivo legal acima mencionado, a averbação/registro de contratos no INPI possibilita a remessa de *royalties* ao exterior – observadas as disposições legais vigentes, tais como a Lei nº 4.131/1962 e a Resolução nº 3.844/2010 do Banco Central do Brasil –, bem como o enquadramento dos pagamentos feitos pelo licenciado para fins de dedutibilidade fiscal, respeitadas as normas previstas nas legislações específicas, Lei nº 4.131/1962, Lei nº 8.383/1991, Decreto nº 3.000/1999 e Portaria MF nº 436/1958 (INPI, 2013b).<sup>20</sup>

A averbação ou registro dos contratos é necessária, assim, para oponibilidade contra terceiros, obtenção de autorização do Banco Central para remessa do pagamento à empresa estrangeira detentora da tecnologia transferida e para fins de dedutibilidade fiscal.

Em um nicho extremamente internacional, em que o Brasil ainda é dependente de tecnologia estrangeira, muitos – senão a maior parte – dos contratos de transferência de tecnologia passam necessariamente pelo crivo do INPI.

Daí começam os problemas. O INPI possui uma série de requisitos – alguns sem qualquer amparo legal – para registrar/averbar os contratos de transferência de tecnologia. Vejam-se alguns:

(i) nos contratos envolvendo empresa brasileira e sua controladora, para fins de dedutibilidade fiscal, a remuneração está limitada ao percentual de cinco por cento da receita bruta. Nesse caso, nos termos do art. 1º de sua Instru-

ção Normativa nº 16/13, a autarquia atuaria em cumprimento à Lei nº 4.131/1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior (art. 12).

Tal postura é criticada pela doutrina especializada. Conforme análise de Viegas (2007, p. 76), ao INPI não cabe o papel de impedir registros com base na referida lei:

“A dedutibilidade fiscal é um direito, outorgado pela legislação do Imposto de Renda às empresas, para que deduzam do seu resultado financeiro determinadas despesas. Somente uma fiscalização da Secretaria da Receita Federal poderá, pois, determinar se uma empresa abusou do direito de dedução legal. Como o processo de averbação e registro de contratos por parte do INPI antecede, necessariamente, qualquer pagamento ou despesa relativa a *royalties* ou remuneração por transferência de tecnologia, ao INPI cabe informar, às empresas que submetem contratos de transferência de tecnologia a averbação e registro, quais são os limites de dedutibilidade que poderão ser usados, no futuro, por essas empresas licenciadas ou adquirentes de tecnologia. A função do INPI, nesse caso, pois, deve ser meramente informativa.”

(ii) nos contratos de fornecimento de tecnologia, a autarquia exige que a remuneração seja estabelecida de acordo com os níveis de preços praticados nacional e internacionalmente em contratações similares. Essa exigência, sem qualquer fundamento jurídico, autoriza o INPI a avaliar os valores negociados entre as partes, de acordo com a sua discricionariedade;

(iii) o prazo de validade dos contratos de *know-how* é limitado a cinco anos, renováveis, de acordo com a discricionariedade do INPI, por mais cinco. A entidade fundamenta essa exigência no art. 12 da Lei nº 4.131/1962.<sup>21</sup> No

<sup>20</sup> As funções de averbação/registro dos contratos de transferência de tecnologia mencionadas no presente artigo são as determinadas pelo INPI e corroboradas pela maior parte da doutrina. No entanto, para Barbosa (2003, p. 993), as funções do registro são muito mais amplas, incluindo o reconhecimento do interesse público na transferência de tecnologia, a comprovação de que a licença de marcas ou patentes apresenta condições legais para sua regular exploração, a legalidade dos contratos do ponto de vista do direito dos consumidores, entre outras.

<sup>21</sup> “Art. 12. As somas das quantias devidas a título de ‘royalties’ pela exploração de patentes de invenção, ou uso



entanto, o referido dispositivo legal apenas trata do prazo de dedutibilidade fiscal que, por óbvio, não tem o condão de limitar o prazo de contratos celebrados entre partes privadas;

(iv) a autarquia não registra licença de *know-how*, alegando não ser possível a devolução de tecnologia ao fim do contrato, o que favorece o receptor – empresa nacional – a continuar colhendo benefícios do objeto do contrato sem o pagamento adicional de *royalties*, após o período de dez anos (conforme limitação mencionada no item acima) (IDS, 2003, p. 306). Em total descompasso com a realidade mundial, tal exigência causa profundo desconforto à empresa estrangeira e, por vezes, acaba por desestimular a celebração de contratos de *know-how*.

Importante esclarecer que a Instrução Normativa nº 16/2013, que dispõe sobre a averbação e o registro de contratos de transferência de tecnologia e de franquia, é silente quanto aos requisitos acima mencionados. Trata-se, assim, de um conjunto de regras não escritas, exigidas pelos agentes públicos diante de casos concretos. Em outras palavras, não há hoje uma normativa que regule o procedimento interno do INPI na apreciação dos contratos.

A esse respeito, confira-se a crítica nos comentários de Dannemann (IDS, 2003, p. 301): “institucionalizou-se um *modus operandi* peculiar no procedimento de averbação dos contratos chamado de ‘entendimento do INPI’ que são regras não escritas e obtidas do pensamento comum dos examinadores sobre determinada matéria”.

Como se percebe, a despeito da ausência de competência legal, o INPI, na prática, atua como órgão fiscalizador dos contratos de transferência de tecnologia.

Nesse sentido, Viegas (2007, p. 81) é enfática ao afirmar que:

“Entende o INPI continuar autorizado, e, mais que isto, obrigado, por força legal, a controlar – além dos aspectos da propriedade industrial – também os aspectos relativos a tributação, os aspectos cambiais e os aspectos anticoncorrenciais dos contratos de licenciamento e transferência de tecnologia submetidos à sua apreciação.”

A análise do cenário acima não deixa maiores dúvidas de que essa política intervencionista do INPI contribui para o baixo avanço tec-

---

de marcas de indústria e de comércio e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, poderão ser deduzidas, nas declarações de renda, para o efeito do art. 37 do Decreto nº 47.373 de 07/12/1959, até o limite máximo de cinco por cento (5%) da receita bruta do produto fabricado ou vendido. [...] § 3º As despesas de assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes, somente poderão ser deduzidas nos cinco primeiros anos do funcionamento da empresa ou da introdução de processo especial de produção, quando demonstrada sua necessidade, podendo este prazo ser prorrogado até mais cinco anos, por autorização do Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito” (BRASIL, 1962).

nológico nacional. A despeito de o Brasil já ter ocupado posição de destaque na propriedade industrial – em 1809, tornou-se o quarto país do mundo a ter sua própria lei de patentes (CERQUEIRA, 2010, p. 4) –, hoje ocupa a acanhada 24ª posição em depósitos de patentes de validade internacional, atrás de outros países do BRICS, como Rússia, Índia e China (WIPO, 2012) – muito pouco para um país que figura como a sexta maior economia do mundo, lado a lado com a Grã-Bretanha (BACEN, 2013).

Dado sintomático desse quadro é o número de depósitos de patentes realizado por nacionais junto ao INPI, que se manteve praticamente inalterado nos últimos anos. Ao compararmos os depósitos de patentes nos anos de 2001, 7.061 e 2011, 7.764, é possível verificar apenas um pequeno crescimento (INPI, 2013a).

Não é diferente em relação ao número de contratos de transferência de tecnologia levados à análise do INPI. Entre os anos 2000 e 2011 (primeiro e último anos disponibilizados no sítio eletrônico da autarquia federal), o INPI analisou aproximadamente o mesmo número irrisório de contratos de transferência de tecnologia. Em 2000, foram 2.999 contratos; em 2002, 3.173; em 2011, 2.660 contratos (INPI, 2013c). Praticamente não houve crescimento; ao contrário, ocorreu até uma pequena redução do número de contratos levados ao crivo do INPI no ano de 2011 em comparação ao de 2000.

A ausência de crescimento do número de contratos destoa do crescimento econômico alcançado pelo Brasil na última década, com PIB aproximado de 2,253 trilhões de dólares (WORLD BANK GROUP, 2013).

Duas conclusões parecem possíveis. A primeira é que as empresas não têm celebrado tais contratos no Brasil. A segunda é que as empresas, diante dos obstáculos impostos pela autarquia federal, têm evitado levar os seus contratos a registro ou averbação.

O cenário acima narrado joga luz no fato de que o intervencionismo estatal nos contratos de transferência desestimula o avanço tecnológico no Brasil e pode ser considerado um dos fatores a impedir seu maior crescimento econômico e social.

#### **4. Custos de transação nos contratos de transferência de tecnologia**

A escola da Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*<sup>22</sup> difundiu-se após a publicação, no ano de 1961, do artigo *The Problem*

---

<sup>22</sup> Não há uma nomenclatura única que represente o movimento que ora se estuda. Diversas são as possibilidades: Análise Econômica do Direito (AED), *Law and Economics*,

of *Social Cost*, de Ronald Coase, professor da Universidade de Chicago. Também contribuíram, de forma importante para os primeiros passos desse método, as obras *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961) e *Economic Analysis of Law* (1973), de Guido Calabresi e Richard Posner, respectivamente (SZTAJN, 2005, p. 74).

Essa escola parte da aplicação de métodos econômicos – em especial da microeconomia – na avaliação das consequências das normas e instituições jurídicas (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 53-59). Como explica Gico Junior (2011, p. 18), a análise econômica do direito examina, pois, o direito de acordo com suas consequências:

“A Análise Econômica do Direito é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com as suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (deontologismo).”

A mudança de paradigma está na análise dos problemas reais da sociedade, ou seja, a análise econômica do direito se preocupa com a “aplicação dos conceitos da Economia ao mundo real” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 5-6).

Um dos desdobramentos acadêmicos da análise econômica foi o desenvolvimento da teoria da eficiência. De acordo com essa teoria, o indivíduo racional tende a escolher, quando há mais de uma opção, aquela que melhor atenda aos seus interesses, observada a relação custo-benefício (BITTENCOURT, 2011, p. 29). A teoria da eficiência ganhou adeptos, que buscaram fundamentar a edição de toda e qualquer norma jurídica a partir de seu primado. Colecionou também inúmeros outros críticos por desconsiderar valores éticos na busca da eficiência, o que poderia ensejar, por exemplo, a defesa do comércio de órgãos ou de outros negócios moralmente reprováveis (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 55). Nesse contexto, a confusão entre princípio da eficiência e análise econômica acabou por estigmatizar esta última.

Tais críticas à análise econômica, porém, não se justificam. A questão é diferenciar a teoria da eficiência da análise econômica e compreender o escopo a que se presta esta última. Inegavelmente, não é uma análise valorativa, mas sim analítica e, nesse estrito sentido, tem grande valor.

Veja-se, a esse respeito, o que pondera Salomão Filho (2002, p. 38-39):

---

Escola de Chicago, Nova Economia Institucional (NEI), Análise Econômica do Direito e das Organizações etc. A depender da teoria, método e do próprio acadêmico, adota-se um nome ou outro (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 53-67).

“Em especial a partir do final dos anos 70 e durante os anos 80, a análise econômica do direito ganha uma distinta conotação ideológica. Isso por uma razão muito simples. Grande parte, senão a quase totalidade, de seus seguidores faz parte da chamada Escola de Chicago, cujo ideário liberal é fartamente conhecido. Por essa razão, a partir sobretudo desse período, a Análise Econômica do Direito passa a ser identificada ou talvez confundida com a chamada “Teoria da Eficiência”. Essa indevida identificação responde por muitas de suas críticas e até por seu declínio teórico nos anos 90.

A razão para isso é simples. Essa teoria não pretende ser apenas analítica, como é a análise econômica do direito. Pretende isso sim erigir a parâmetro de orientação das normas jurídicas o chamado “princípio da eficiência.” Segundo esse princípio, as normas jurídicas são eficientes “quando permitem a maximização de riqueza global, mesmo que isso seja feito à custa de prejuízo a um agente econômico específico”.

[...]

É, portanto, necessário restringir a análise econômica do direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então, sim, a teoria tem verdadeira utilidade, inclusive no campo societário, como se verá.”

Entre vários conceitos econômicos, como eficiência, escolha racional, falhas de mercado, assimetria de informação e externalidades, a escola *Law and Economics* também trabalha com a teoria dos custos de transação.

Coase, em seu artigo *The Nature of the Firm* (1937), foi o primeiro a chamar atenção para o conceito de firma ligado aos custos de transação. Segundo o autor, em clara oposição à teoria neoclássica – fundada na prevalência do mercado de concorrência perfeita, em razão do equilíbrio entre oferta e demanda –, há sempre custos nas relações entre os agentes econômicos (COASE, 1937, p. 5-7).

Conforme assinalam Zylbersztajn e Sztajan (2005, p. 1-2):

“Segundo o Teorema de Coase, em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico.

[...]

Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos.”

Décadas mais tarde, os estudos de Coase serviram de base para o desenvolvimento da Nova Economia Institucional, cujos grandes teóricos são Douglass North e Oliver Williamson.

North (1990, p. 12), ganhador do prêmio Nobel de 1993, desenvolveu seus estudos focado na ideia de que as instituições – por ele conceituadas como as “regras do jogo” – são pontos chave no desenvolvimento econômico de uma nação.

Williamson, também economista americano, ganhador do Prêmio Nobel de 2009, desenvolveu a Teoria dos Custos de Transação, componente importante da Nova Economia Institucional – NEI.

Para o economista, as instituições e firmas são resultado da busca pela minimização dos custos de transação. Williamson (1985, p. 20-21) define custos de transação como “*costs of running the economic system*” (ou, em tradução livre, custos para a manutenção do sistema econômico) e divide tais custos em dois momentos distintos: (i) *ex ante*, ou seja, antes da celebração do contrato; e (ii) *ex post*, como sendo custos para implementação, manutenção e eventual correção do contrato. Como consequência, contingências não previstas *ex ante* significarão custos *ex post* de renegociação de desvios do contrato, que as partes terão que administrar.

Cada doutrinador, no entanto, apresenta sua própria noção dos custos de transação. Para Cooter e Ulen (2010, p. 120-124), por exemplo, os custos de transação estão divididos em custos de busca, custos de arranjo ou acordo e custos de execução.

Pinheiro e Saddi (2005, p. 61), por sua vez, ligam os custos de transação a cinco atividades necessárias para a viabilização de transações: (i) busca de informação acerca das regras, comportamento dos agentes e situações em que funcionam; (ii) negociação; (iii) realização e formalização dos contratos, inclusive o seu eventual registro nos órgãos competentes, de acordo com as disposições legais; (iv) monitoramento para fins de verificação do cumprimento do contrato; e (v) aplicação do contrato.

Importa-nos, para o presente artigo, principalmente o terceiro item mencionado acima – realização e formalização dos contratos, inclusive o seu eventual registro nos órgãos competentes.

Os contratos de transferência de tecnologia, com vistas a cumprir uma série de funções analisadas anteriormente, devem ser levados a registro/averbação no INPI. O registro em si já gera custos, uma vez que é necessário o pagamento de taxas para que a autarquia federal examine o instrumento. Afora tal pagamento, interessa analisar os custos de transação provenientes justamente das descabidas exigências do INPI.

À primeira vista, para aqueles que não militam na área, até poderia parecer que, cumpridas as formalidades previstas na Instrução Normativa nº 16/13, o contrato seria automaticamente registrado ou averbado pelo INPI. O que ocorre na prática não é assim. O INPI limita a liberdade

contratual das partes, por meio da exigência de cláusulas ou exclusão de outras para aprovação de contratos de transferência de tecnologia.

Diante desse cenário, as partes têm custos que extrapolam suas legítimas expectativas. Para além da natural contratação de advogados especializados e compreensão do quadro legal, a empresa estrangeira detentora de tecnologia se vê envolvida em um intrincado procedimento que tolhe a forma usual com que costuma realizar seus negócios mundo afora.

Após compreender as limitações que lhe serão impostas para celebração do contrato pela entidade pública, a negociação com o empresário brasileiro fica difícil. O poder de barganha, que normalmente já pende para o estrangeiro, fica ainda maior, ou seja, as condições de negócio terão de lhe ser muito mais favoráveis para haver acordo.

Afora tais questões, Ribeiro e Czelusniak (2013, p. 22) alertam que as características do negócio envolvendo tecnologia – e a possibilidade de sua rápida obsolescência – exigem que tais contratos sejam celebrados de forma rápida. Contudo, considerando as exigências e intervenções do INPI, dificilmente as partes conseguem realizar contratos dessa natureza de forma célere.

A lição clássica de Coase (2008, p. 12) é a de que esses custos precisam ser levados em consideração – e podem até mesmo inviabilizar o negócio:

“Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.”

Nesse sentido, Pinheiro e Saddi (2005, p. 64) concluem: “o aumento dos custos de transação afeta as decisões dos empresários”.

Some-se a isso o fato de que os custos de transação da propriedade imaterial são invariavelmente superiores aos da propriedade física, como destacam Landes e Posner (2003, p. 8, tradução nossa):

“A principal diferença entre o direito da propriedade intelectual e o direito da propriedade física (direitos reais) é que os custos de transação tendem a ser muito maiores no primeiro. Essa diferença advoga em favor de uma menor fixação de direitos (ou regras) na propriedade intelectual.”<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup>No original: “The principal difference between the law of intellectual property and the law of physical property is that transactions costs tend to be much higher in the former

A nefasta consequência é que as partes passam a repensar a viabilidade do negócio. E aqui se trata do recuo de ambas as partes. O estrangeiro descobre estar diante de um negócio em que sua assimetria informacional é enorme (regras não escritas e grande casuística) e sua forma de contratar está limitada. Como resultado, seu preço se eleva e a margem de lucro pretendida sobe. Da parte do empresário brasileiro, o esforço para obter aquela tecnologia precisa aumentar; logo, o preço a pagar será maior e sua margem de lucro, menor.

Nesse cenário, é natural que o cooperativismo das partes seja muito baixo e as partes negociem de forma acirrada. A estrangeira – principalmente a norte-americana, forte na política do “*not giving in anything*”<sup>24</sup> – adota uma postura mais bélica e pouco aberta a ceder. Um contrato pouco vantajoso para ambas as partes possivelmente não gerará novos negócios no futuro. E, na linha do que ensina Axelrod (2010, p. 121-122), o cooperativismo passa necessariamente pela valorização do futuro, pela crença de formação de uma relação mais duradoura:

“A maneira mais direta de fazer com que a cooperação seja duradoura é incentivá-la. [...] Outra maneira de aumentar a importância do futuro é fazer com que as interações sejam mais frequentes. Nesse caso, a interação seguinte ocorre mais rapidamente e, portanto, a próxima jogada tem grande importância. Esse aumento da taxa de interação seria, portanto, refletido num aumento de  $p$ , a importância da próxima jogada em relação à jogada atual.”

---

case. This difference argues for less extensive propertization of intellectual than of physical property”.

<sup>24</sup>Essa postura muito combativa e pouco cooperativa em negociações muitas vezes acaba por prejudicar os norte-americanos em algumas situações. Bem por isso, ganhou muitos adeptos a teoria da negociação mais cooperativa desenvolvida na Universidade de Harvard (FISCHER; URY, PATTON, 2011, p. 53).

É importante notar que o parâmetro de descontento  $p$ , baseia-se na importância de uma jogada, e não no tempo, com a seguinte. Portanto, se os jogadores considerarem que uma recompensa no prazo de dois anos valeria apenas metade do que no presente, uma forma de promover a cooperação seria tornar as interações mais frequentes. Com base na teoria desenvolvida por Williamson e nas lições sobre cooperação, percebe-se que o INPI não desempenha papel de instituição minimizadora dos custos de transação. Pelo contrário, sua postura leva ao aumento considerável dos custos de transação até o ponto de impedir a celebração dos negócios envolvendo transferência de tecnologia.

## 5. Possíveis soluções para promoção do desenvolvimento

Diante do que foi apresentado até aqui, parece claro que há necessidade de se pensar em alternativas para corrigir o problema. Apresentam-se aqui duas possíveis soluções, a fim de estimular o debate na comunidade jurídica.

A primeira está relacionada à mudança da prática do INPI em controlar e fiscalizar o conteúdo de contratos de transferência de tecnologia. O excessivo dirigismo estatal aumenta os custos de transação e reduz a transferência de tecnologia, o que, em última análise, não condiz com a política econômica adotada hoje pelo Brasil.

Nas palavras de Zylbersztajn e Sztajan (2005, p. 6), “o Estado tem o papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando as condições para o funcionamento dos mercados”. Como ensinam Ribeiro e Alves (2013, p. 11), “[d]o Estado, especialmente a partir da competência normativa, depende o estabelecimento de um sistema suficientemente simples e claro [...]”.

No Brasil, como demonstrado, o sistema de registro de contratos de transferência de



tecnologia no INPI não é simples nem claro, o que gera insegurança para os contratantes.

Não se defende que os contratos de transferência de tecnologia sejam excluídos da fiscalização estatal. A questão é que já há seguro aparato normativo – a Lei Antitruste e o CADE – para atender a esse fim. Conforme ensina Timm (2009, p. 106):

“Hodiernamente, o controle da ordem pública nas operações de transferência de tecnologia deve ser realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, que tem por finalidade orientar, fiscalizar e prevenir o abuso do poder econômico, conforme as justificativas que seguem.”

O CADE aplica a Lei nº 12.529/2011 no combate a práticas anticompetitivas. A referida lei contém, inclusive, previsão expressa de que o exercício abusivo de direito da propriedade intelectual pode caracterizar infração à ordem econômica (art. 36, § 3º, XIV e XIX). Em suma, o Brasil já dispõe de importante e eficaz mecanismo legal para exame da matéria – a Lei Antitruste – e de entidade pública aparelhada e competente para a função, o CADE.

A segunda proposição é a de reforma da Lei nº 4.131, datada da década de 1960, totalmente ultrapassada para tratar do percentual passível de remessa ao exterior. Certamente, o aumento de tal percentual poderá representar um estímulo à transferência de tecnologia. Já vai longe o período em que o Brasil possuía poucas reservas cambiais e precisava de um controle rigoroso de remessa lícita de dinheiro ao exterior.

O papel da regulação jurídica deve ser o de promover o desenvolvimento, não freá-lo (DAVIS; TREBILCOCK, 2009, p. 218).

## 6. Conclusão

Decerto, a transferência de tecnologia por meio da celebração de contratos com empresas estrangeiras não é a única fórmula que leva ao desenvolvimento tecnológico nacional e à conquista do tão sonhado posto de país desenvolvido.

Há várias formas de se incentivar o processo de inovação tecnológica, como, por exemplo, o programa Ciência Sem Fronteiras, que promove o intercâmbio de estudantes como forma de incentivar a internacionalização da ciência, tecnologia e inovação brasileiras, e a promulgação da Lei nº 10.973/2004, que estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Na esfera privada, chamam a atenção os investimentos de empresas em pesquisa e desenvolvimento (P&D).

Contudo, outro caminho relevante para o desenvolvimento tecnológico, o da transferência, esbarra em obstáculos impostos pelo Estado.

Verificou-se, no presente artigo, a postura ultrapassada de intervenção estatal na liberdade de contratar das partes, somada à ausência de regramento claro quanto ao procedimento do INPI para registro e averbação de contratos de transferência de tecnologia.

Ficou demonstrado que a falta de previsibilidade das leis aplicáveis e o excesso de intervenção estatal geram riscos jurídicos e altos custos de transação para os *players* do mercado de transferência de tecnologia.

Esse cenário – nada atraente para empresas estrangeiras – impede o acesso a tecnologia de ponta pelas empresas nacionais, o que dificulta a independência tecnológica a longo prazo, bem como o crescimento econômico e o desenvolvimento social.

Algumas reformas legislativas e alterações nas práticas adotadas pelo INPI seriam um caminho para a mudança do cenário atual. Como possíveis soluções, destacaram-se, assim, a atualização da ultrapassada lei de capital estrangeiro e remessa de valores para o exterior (Lei nº 4.131/1962), bem como a mudança da postura do INPI. É imprescindível que o INPI deixe para trás a política protecionista de controlar e fiscalizar os contratos de transferência de tecnologia.

Em suma, a tarefa precípua do administrador público é desenvolver suas ações voltadas para a melhoria das condições de vida da sociedade brasileira. A promoção do bem-estar social exige o desenvolvimento econômico, e um dos pilares desse desenvolvimento é a tecnologia.

## Referências

AXELROD, Robert. *Evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.

ARRUDA, Mauro Fernando Maria. A recente orientação do INPI sobre transferência de tecnologia. In: SEMINÁRIO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL DA ABPI, 4. 1984. *Anais...* Rio de Janeiro: ABPI, 1984.

AUTERI, Paolo et al. *Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli, 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Série histórica do balanço de pagamentos. [2013]. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>>. Acesso em: 26 set. 2014.

BARBOSA, Denis Borges. *TRIPs e as cláusulas abusivas em contratos de tecnologia e de Propriedade Industrial*. 2002. Disponível em: <<http://grotius.net/paginas/200/concorrenca.html>>. Acesso em: 26 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 set. 1962.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 dez. 1970.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.279, de 14 de maio 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 maio 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)> Acesso em: 23 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.168, de 29 de dezembro de 2000. Institui contribuição de intervenção de domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 dez. 2000.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004. [Lei de Inovação Tecnológica]. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 dez. 2004.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1

COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean journal of legal studies*, v. 3, issue 1, article 9, 2008.

\_\_\_\_\_. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16. Londres: New Series, 1937.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro. *Trabalho de conclusão de curso e inovação tecnológica em instituição de ciência e tecnologia: aspectos jurídicos e fáticos*. 2010. 165 f. Dissertação (Mestrado em Tecnologia) Programa de Pós-Graduação em Tecnologia, Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba. 2010. Disponível em: <[http://files.dirppg.ct.utfpr.edu.br/ppgte/dissertacoes/2010/ppgte\\_dissertacao\\_306\\_2010.pdf](http://files.dirppg.ct.utfpr.edu.br/ppgte/dissertacoes/2010/ppgte_dissertacao_306_2010.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2014.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro et al. A propriedade intelectual e as políticas de comércio internacional. *Revista Tecnologia e Sociedade*, v. 13, p. 1-6, 2011.

INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL – IDS. *Comentários à lei da propriedade industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). Ato Normativo n. 135 de 15 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/Ato135.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Resolução INPI n. 1 de 18 março de 2013. *Diário Oficial*, 19 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Instrução Normativa PR n. 16/2013. Dispõe sobre a normalização para a averbação e o registro de contratos de transferência de tecnologia e de franquia. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/images/stories/downloads/pdf/Normas\\_Auditoria\\_Final\\_15\\_3\\_2013\\_C.pdf](http://www.inpi.gov.br/images/stories/downloads/pdf/Normas_Auditoria_Final_15_3_2013_C.pdf)>. Acesso em: 8 out. 2014.

DAVIS, Kevin E; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, p. 217-268, jan./jun. 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*. Inglaterra: Random House Business Books, 2011.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, jul./set. 2013.

ESPINEL, Victoria. Intellectual property and the us economy: industries in focus. *Office of management and budget*, 2012. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/blog/2012/04/11/intellectual-property-and-us-economy>>. Acesso em: 26 set. 2014.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). *Estatísticas de patentes*. Assessoria de assuntos econômicos, 2013a. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/images/docs/dirpa\\_estat\\_portal\\_out\\_13\\_tabela\\_1\\_atualizada.pdf](http://www.inpi.gov.br/images/docs/dirpa_estat_portal_out_13_tabela_1_atualizada.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Guia básico: contratos de tecnologia*. CGCOM, 2013b. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/guia\\_basico\\_contratos\\_de\\_tecnologia](http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/guia_basico_contratos_de_tecnologia)>. Acesso em: 26 set. 2014.

\_\_\_\_\_. *Estatísticas de contratos de transferência de tecnologia*. Assessoria de assuntos econômicos, 2013c. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/images/docs/dicig\\_contratos\\_estat\\_portal\\_ago\\_13\\_tabela\\_1.pdf](http://www.inpi.gov.br/images/docs/dicig_contratos_estat_portal_ago_13_tabela_1.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA . *Texto para discussão*. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea , 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20292&catid=337](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20292&catid=337)>. Acesso em: 26 set. 2014.

JAGATI, O. P. Roadmap for a Successful Technology Transfer. *The Chartered Accountant Journal*, June 2012.

LANDES, William; POSNER, Richard. *The economic structure of intellectual property law*. Londres: Harvard University Press, 2003.

LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. São Paulo: Record, 2011.

MACHLUP, Fritz. *Production and distribution of knowledge in the United States*. Estados Unidos: Princeton University Press, 1962.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. England: Cambridge University Press, 1990.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Cooperação para a efetividade dos contratos de transferência de tecnologia: uma análise juseconômica. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 21- 34, jan./jun. 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Development and innovation: the role of state enterprises. *Global Trade and Customs Journal*, v. 6, p. 361-375, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Do particularismo normativo em matéria de propriedade imaterial – legislar para quê(m)? In: DEMETERCO NETO, Antenor; KLEIN, Vinicius et al. (Org.). *Temas de direito econômico: a copa do mundo de 2014 e os jogos olímpicos de 2016*. Curitiba: Clássica, v. 01, p. 1-19, 2013.

- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresarias e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982. (Os economistas).
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Coord). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti. Contrato internacional de transferência de tecnologia no Brasil: interseção da propriedade intelectual com o direito antitruste. In: TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro (Org.). *Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento: o caso da transferência de tecnologia e do software*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 61-119.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Transfer of Technology. *Issues in International Investment Agreements*, Geneva, 2001. Disponível em: <<http://unctad.org/en/docs/psiteiid28.en.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.
- VIEGAS, Juliana. Contratos típicos de propriedade industrial: contratos de cessão e de licenciamento de marcas e patentes; licenças compulsórias. In: PEREIRA DOS SANTOS, Manuel. JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). *Contratos de propriedade industrial e novas tecnologias*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 71-101.
- WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova York: The Free Press, 1985.
- WORLD BANK GROUP (United States). *Brazil*. 2013. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/country/brazil>>. Acesso em: 26 set. 2014.
- WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (United States). *Global IP Filings Continue to Grow, China Tops Global Patent Filings*. 2012. Disponível em: <[www.wipo.int/pressroom/en/articles/2012/article\\_0025.html](http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2012/article_0025.html)>. Acesso em: 20 out. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Statistics on patents*. 2013. Disponível em: <[www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/](http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/)>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. Apropriabilidade tecnológica e desempenho exportador das firmas industriais brasileiras. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, n. 29. out. 2013a. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/131009\\_radar29.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/131009_radar29.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2014.
- \_\_\_\_\_. Propriedade intelectual em debate. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, n. 29. out. 2013b. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/131009\\_radar29.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/131009_radar29.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2013.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: \_\_\_\_\_. (Coord). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

# Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro

O caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

THIAGO PIRES OLIVEIRA

## Sumário

1. Introdução. 2. Os órgãos colegiados ambientais no direito brasileiro. 3. O caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). 3.1. A estrutura jurídico-organizatória da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). 3.2. O regime jurídico do CONAMA. 4. A participação popular, o CONAMA e a concretização principiológica pelo Poder Judiciário. 5. Conclusões.

Heron José de Santana Gordilho é pós-doutor pela Pace University (EUA). Doutor pela UFPE. Bacharel e mestre pela UFBA. Coordenador da Especialização em Direito Ambiental e Professor da UFBA e da Universidade Católica de Salvador. Conselheiro da International Union for Conservation of Nature. Promotor de Justiça.

Thiago Pires Oliveira é mestre, especialista e bacharel pela UFBA. Professor da UFBA e do Centro Universitário Instituição de Educação Superior de Brasília. Advogado.

## 1. Introdução

A participação popular surge como um elemento do fenômeno político pós-moderno que busca renovar a utilização de mecanismos visando uma maior democratização da sociedade. No direito brasileiro, ela vem sendo tratada como um princípio jurídico, principalmente por alguns doutrinadores do direito público, possuindo um forte componente discursivo para a realidade jurídica.

No direito ambiental brasileiro, a participação popular alcançou um *status* normativo ímpar, conforme pode ser observado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que estabelece uma série de deveres direcionados à efetivação da participação, como o dever de cooperação entre estado e sociedade (art. 225, *caput*), o dever de educação ambiental (art. 225, § 1º, VI) e o dever de publicidade dos estudos prévios de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV).

Uma das manifestações da participação popular na administração pública se dá por meio de órgãos colegiados gestores de políticas públicas, a exemplo do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), entre outros. Essa expressão institucionalizada do princípio da participação popular também se aplica ao direito ambiental, visto que, desde que foi concebida no Brasil uma política nacional para a proteção do meio ambiente, foi também concebida a existência de um órgão colegiado para tratar da questão ambiental.

O direito ambiental brasileiro prevê a existência de 25 colegiados ambientais de abrangência nacional, que tratam de aspectos amplos ou setoriais pertinentes ao meio ambiente. Neste artigo, iremos tratar apenas do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), órgão criado pela Lei nº 6.938/81.

Inicialmente, serão focalizados os órgãos colegiados deliberativos e apresentados alguns critérios de classificação dos órgãos colegiados no direito brasileiro e no direito ambiental pátrio, com destaque para a figura dos conselhos de meio ambiente *stricto sensu*, categoria na qual o CONAMA se encontra incluído.

Em seguida, será exposta a situação do CONAMA na estrutura jurídico-organizatória da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Nesse sentido, será traçada a configuração dessa Política Nacional, brevemente, com enfoque especial no Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e contextualizar-se-á o CONAMA nesse sistema responsável pela implementação da PNMA.

Por fim, analisar-se-á a forma como se delineia o princípio da participação popular na realidade jurídica pátria, a aplicação desse princípio no direito ambiental brasileiro e pelo Supremo Tribunal Federal, e o modo como o Poder Judiciário vislumbra a colegialidade ambiental.

## 2. Os órgãos colegiados ambientais no direito brasileiro

Os órgãos colegiados, denominados por Themístocles Cavalcanti (1964, p. 478) “instâncias administrativas coletivas” e por Marcello Caetano (2005, p. 207) “órgãos colegiais”, podem ser definidos como aqueles que “têm por titulares dois ou mais indivíduos, designados para em reunião exprimirem a vontade da pessoa colectiva”.

Os órgãos colegiados podem ser classificados sob duas formas: quanto à natureza de suas manifestações e quanto à sua composição. Esses dois critérios de taxonomia visam auxiliar na verificação do grau de inserção do princípio da participação popular em tais órgãos públicos.

No que se refere ao primeiro critério, relacionado à natureza de suas manifestações, ou seja, à essência dos atos exteriorizados pelo colegiado, tais órgãos podem ser classificados como a) consultivos; e b) deliberativos (CAETANO, 2005, p. 207)<sup>1</sup>.

Quanto à sua composição, ou seja, o perfil dos membros que os integram, os órgãos colegiais podem ser classificados como a) totalmente governamentais; b) preponderantemente governamentais; c) paritários; d) preponderantemente sociais (maioria da sociedade civil); e) totalmente sociais (somente a sociedade civil) (SILVEIRA, 2007, p. 53); e f) mistos.

A adoção de órgãos colegiados no âmbito da administração pública é uma manifestação do princípio da participação popular (BACHOFF; WOLFF; STOBER, 2006, p. 196), especialmente devido ao fato de abarcarem em sua composição cidadãos desvinculados do Poder Público, que figuram como agentes particulares em colaboração, permitindo que as decisões

<sup>1</sup> Os conselhos deliberativos também possuem função consultiva, pois a primeira função abarca a segunda.



governamentais não sejam de exclusividade estatal. Ademais, esses órgãos são extremamente úteis, principalmente em face do planejamento governamental, tarefa que exige uma abordagem ampla e plural para ser adequadamente concebida.

Um dos ramos do direito que se encontra intrinsecamente dependente do planejamento é o direito ambiental, visto que tanto as leis quanto as políticas públicas ambientais devem estar rigidamente amparadas em parâmetros técnicos. São padrões científicos de qualidade ambiental que permitem inferir se o meio ambiente se encontra ecologicamente equilibrado; portanto, sendo concretizado como direito fundamental.

De acordo com Igor da Fonseca, Marcel Bursztyn e Adriana de Moura (2012, p. 194), “o elemento técnico é um fator constituinte das políticas públicas e um item necessário à legitimação dessas políticas em espaços públicos da sociedade moderna. Na deliberação de políticas públicas, o elemento técnico e o político são interrelacionados e interdependentes”. Esse entrelaçamento entre técnica e política decorre do fato de que inexistente uma ciência neutra, e as instituições tecnocráticas estão passíveis de serem afetadas pelas idiosincrasias de seus integrantes.

Leme Machado (2011, p. 180) pondera que a adoção das instâncias administrativas coletivas proporciona dinamismo e revitalização para o Poder Público, mas que, apesar deste renovo, o poder de decisão ainda permanece “com aqueles que estejam ocupando os postos estatais”; todavia, a existência dos colegiados submete os agentes estatais a, “[...] pelo menos, ouvir e ponderar conceitos independentes, que poderão ser diferentes ou os mesmos, o que, então, confirmaria a adequação da política ambiental oficial”. Em síntese, os colegiados participativos proporcionam uma legitimidade em relação à política oficial para o meio ambiente.

Os órgãos colegiados relativos ao meio ambiente podem ser classificados segundo dois critérios: o material e o formal-federativo. O primeiro critério se fundamenta nas matérias apreciadas pelos órgãos colegiados e no conceito contemporâneo de meio ambiente, que se triparte nos aspectos natural, cultural e artificial (SILVA, 2003, p. 21; FIORILLO, 2010)<sup>2</sup>. De acordo com esse critério, os colegiados ambientais se dividem em duas grandes modalidades: a) conselhos de meio ambiente *stricto sensu*; e b) colegiados ambientais setoriais (OLIVEIRA, 2012, p. 24).

Os conselhos de meio ambiente *stricto sensu* são órgãos colegiados da Administração Pública vinculados ao SISNAMA, os quais detêm atribuições consultivas e deliberativas e promovem a articulação entre Estado

---

<sup>2</sup> Celso Fiorillo (2010) discorda da classificação tricotômica de José Afonso da Silva quanto aos elementos do meio ambiente e propõe um conceito quadripartite com a inclusão do meio ambiente de trabalho.

e sociedade civil na tomada de decisões envolvendo o meio ambiente. Frise-se que a vinculação ao SISNAMA implica a adoção obrigatória de uma estrutura que contemple o caráter deliberativo e participativo em tais entes públicos colegiados (OLIVEIRA, 2012, p. 25).

Tais conselhos são órgãos presentes nas três esferas da Federação (União, Estados e Município) e Distrito Federal. De acordo com o SISNAMA, cada unidade federativa somente possuirá um único conselho de meio ambiente; dessa forma, no Brasil, existe um único conselho federal (Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA), 26 estaduais<sup>3</sup>, um conselho distrital (Conselho de Meio Ambiente do Distrito Federal – CONAM) e, de acordo com a Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC) do IBGE relativa ao ano de 2009, 3.135 municípios brasileiros<sup>4</sup> (56,3%) possuem um conselho municipal de meio ambiente (BRASIL, 2010a, p. 57)<sup>5</sup>.

Por serem obrigatoriamente instâncias de representação da sociedade civil, os conselhos tendem a ser organismos plurais que expressam os diferentes atores políticos e sociais, além de figurarem como um peculiar espaço de embate ideológico, dada a diversidade política dos seus componentes, ou então como um espaço deliberativo de articulação e negociação político-institucional.

A articulação e a negociação institucionais como mecanismos de construção do consenso no contexto da democracia deliberativa ainda são elementos inovadores para a realidade brasileira. Corroborando esse entendimento, afirma Maria Luiza Machado Granziera (2006, p. 116) que “a articulação entre as instituições e a negociação, no âmbito dos conselhos, são um avanço na execução de políticas públicas. Todavia, tais procedimentos são inovadores no direito. Não há, no País, uma cultura de articulação e de negociação institucional consolidada”.

Os colegiados ambientais setoriais são também órgãos colegiais da Administração Pública que desempenham um destacado papel institucional no âmbito de uma específica política ambiental setorial (ex: recursos hídricos, biossegurança, resíduos sólidos, mudanças climáticas, desenvolvimento urbano, cultura, etc.).

---

<sup>3</sup>No Estado da Bahia, o órgão correspondente é o CEPRAM – Conselho Estadual de Meio Ambiente, de acordo com a Lei estadual nº 10.431/2006.

<sup>4</sup>No Município de Salvador, o órgão correspondente é o COMAM – Conselho Municipal de Meio Ambiente, nos termos da Lei municipal nº 6.916/2005.

<sup>5</sup>Cumprе esclarecer que houve uma significativa evolução no surgimento destes órgãos administrativos com o advento da Constituição de 1988, pois até 1987 haviam sido criados no País apenas 3,3% conselhos dessa natureza; em 1999, primeiro ano em que a informação foi investigada pela MUNIC, eles existiam em 1.177 (21,4%) municípios brasileiros, até atingir os atuais 56,3% dos municípios.

Esses órgãos colegiados ambientais setoriais, em regra, não precisam ter caráter deliberativo nem ter uma representação da sociedade civil<sup>6</sup>, pois muitos deles são constituídos no uso da discricionariedade pela Administração Pública; daí a divergência desses órgãos em relação aos conselhos de meio ambiente *stricto sensu*, os quais, estando vinculados ao SISNAMA, devem seguir uma formatação prevista em Lei.

Por sua vez, o segundo critério de classificação dos conselhos, o formal-federativo, se baseia na estrutura federativa do Estado brasileiro e, com base nele, se classificam os órgãos colegiais ambientais em municipais, estaduais/distrital e federais. Considerando o recorte deste trabalho, serão analisados os colegiados federais.

Os órgãos colegiados ambientais na esfera federal podem ser divididos em dois grupos em razão do âmbito territorial de sua atuação, ou seja, de sua abrangência espacial: a) colegiados de abrangência nacional; e b) colegiados de abrangência limitada (OLIVEIRA, 2012, p. 26).

Os colegiados de abrangência nacional são instâncias coletivas inseridas no âmbito da Administração Pública federal que, sendo paritárias ou não com a sociedade civil, possuem atribuições administrativas que podem repercutir sobre todo o território nacional, principalmente quando essas atribuições forem deliberativas ou normativas.

No direito brasileiro estão previstos 25 órgãos colegiados, que atuam nos três aspectos do meio ambiente: natural, cultural e artificial<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Importantes exceções ao exposto são os colegiados integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos: o Conselho Nacional de Recursos Hídricos e os Comitês de Bacia Hidrográfica; os órgãos colegiais previstos no Estatuto da Cidade (Lei federal nº 10.257/01) e alguns colegiados pertencentes ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Estas instâncias são caracterizadas por uma consolidada e destacada participação da sociedade civil.

<sup>7</sup> Somente 23 desses colegiados ambientais se encontram em atividade.

Desses órgãos, onze estão relacionados com o meio ambiente natural e vinculados ao Ministério de Estado do Meio Ambiente (MMA), órgão central do SISNAMA: o Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA; o Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH<sup>8</sup>; o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGEN<sup>9</sup>; o Conselho Gestor do Fundo Nacional de Meio Ambiente – CFNMA<sup>10</sup>; a Câmara Federal de Compensação Ambiental – CFCA<sup>11</sup>; o Conselho consultivo do Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal<sup>12</sup>; a Comissão de Gestão de Florestas Públicas – CGFLOP<sup>13</sup>; a Comissão Nacional de Biodiversidade – CONABIO<sup>14</sup>; a Comissão Nacional do Programa Cerrado Sustentável – CONACER<sup>15</sup>; a Comissão Coordenadora do Programa Nacional de Florestas – CONAFLOP<sup>16</sup>; a Comissão Tripartite Nacional<sup>17</sup>; e o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos<sup>18</sup>.

Existem colegiados com atribuições ambientais, porém, em virtude de sua natureza setorial, eles se encontram desvinculados do

---

<sup>8</sup> Previsto no art. 33, inc. I, da Lei nº 9.433/1997 e regulamentado pelo Decreto nº 4.613/2003.

<sup>9</sup> Criado pelo art. 10 da Medida Provisória nº 2.186-16/2001.

<sup>10</sup> Previsto no art. 3º do Decreto federal nº 3.524/2000.

<sup>11</sup> Previsto no Decreto federal nº 6.848/2009, ele foi efetivamente criado e regulamentado no âmbito do Ministério do Meio Ambiente (MMA) pela Portaria MMA nº 416/2010.

<sup>12</sup> Lei nº 11.284/2006. Encontra-se subordinado ao Serviço Florestal Brasileiro (SFB).

<sup>13</sup> Lei nº 11.284/2006, regulamentada pelo Decreto nº 5.795/2006.

<sup>14</sup> Criada pelo Decreto nº 1.354/1994 e regulamentada pelo Decreto nº 4.703/2003.

<sup>15</sup> Instância consultiva e colegiada criada pelo art. 3º do Decreto federal nº 5.577/2005.

<sup>16</sup> Criado pelo Decreto federal nº 4.864/2003, que alterou o Decreto nº 3.420/2000.

<sup>17</sup> Criada pelo art. 4º, III, e § 2º, da Lei Complementar nº 140/2011.

<sup>18</sup> Previsto na Lei nº 12.305/2010.

órgão central do SISNAMA. Esse é o caso dos cinco colegiados que possuem atribuições envolvendo o meio ambiente natural e vinculados ao Ministério de Estado da Ciência e Tecnologia: o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – CONCEA<sup>19</sup>; a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio<sup>20</sup>; o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS<sup>21</sup>; o Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima – CIM<sup>22</sup>; a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima<sup>23</sup>.

Além dos citados órgãos colegiais, existem outros que também atuam em âmbitos setoriais do meio ambiente natural. Assim sucede com o Comitê Assessor da Política Nacional de Educação Ambiental<sup>24</sup>, vinculado ao Ministério de Estado da Educação, e com a Comissão Interministerial para os Recursos do Mar – CIRM<sup>25</sup>, vinculada ao Ministério da Defesa.

Por fim, no que toca ao aspecto natural do meio ambiente, devem ser citados dois colegiados que, por omissão (ou opção) da Administração Pública, se encontram inativos. Trata-se do CNPF – Conselho Nacional de Proteção à Fauna<sup>26</sup> e do CONAMAZ – Conselho Nacional da Amazônia Legal<sup>27</sup>.

Quanto ao meio ambiente artificial, o único colegiado de abrangência nacional previsto no

direito brasileiro é o Conselho das Cidades<sup>28</sup>, vinculado ao Ministério de Estado das Cidades. No que tange ao meio ambiente cultural, existem três órgãos colegiais: o Conselho Nacional de Política Cultural<sup>29</sup> e o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural<sup>30</sup>, ambos vinculados ao Ministério de Estado da Cultura; e a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, vinculada ao Ministério de Estado do Desenvolvimento Social e Combate à Fome<sup>31</sup>.

A outra modalidade de órgão colegial é aquela formada pelos colegiados ambientais de abrangência limitada, os quais seriam instâncias coletivas dotadas de atribuições administrativas que somente produzem efeitos jurídicos em uma delimitada parcela do território nacional, podendo ser paritárias ou não com a sociedade civil. Apesar de instituídos pela Administração Pública federal, esses colegiados ambientais apresentam restrições espaciais, ou seja, têm abrangência limitada a uma parcela do território nacional.

Apenas a título exemplificativo, podem ser elencados como colegiados ambientais federais de abrangência limitada os órgãos colegiados previstos no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), os comitês de bacias

<sup>19</sup> Criado pelo art. 4º da Lei nº 11.794/2008, que foi regulamentada pelo Decreto nº 6.899/2009.

<sup>20</sup> Lei nº 11.105/2005.

<sup>21</sup> Lei nº 11.105/2005.

<sup>22</sup> Instituído originalmente pelo Decreto federal nº 6.263/2007, esse órgão colegial se encontra previsto no art. 7º, I, da Lei nº 12.187/09 que dispõe sobre a Política Nacional da Mudança do Clima.

<sup>23</sup> Previsto no art. 7º, II, da Lei nº 12.187/2009.

<sup>24</sup> Previsto na Lei nº 9.795/1999.

<sup>25</sup> Criado pelo art. 1º do Decreto nº 74.557/1974.

<sup>26</sup> Previsto pelo art. 36 da Lei nº 5.197/67.

<sup>27</sup> Previsto pelo Decreto federal nº 1.541/1995.

<sup>28</sup> Órgão colegiado que substituiu, de acordo com o art. 33, VIII, da Lei federal nº 10.683/2003, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU) criado pelo art. 10 da Medida Provisória nº 2.220/2001. Esse conselho se encontra regulamentado pelo Decreto nº 5.790/2006 e, além de ser responsável pela política urbana (meio ambiente artificial), é também o órgão competente para instrumentalizar o controle social em nível federal da política nacional de saneamento básico, conforme previsão do art. 47, § 2º, da Lei nº 11.445/2007.

<sup>29</sup> Decreto federal nº 5.520/2005.

<sup>30</sup> Previsto originalmente no Decreto-Lei nº 25/1937, encontra-se regulamentado pelo art. 7º do anexo I do Decreto nº 6.844/2009. Esse colegiado integra a estrutura administrativa do Instituto do Patrimônio-Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

<sup>31</sup> Decreto nº 6.040/2007.

hidrográficas de rios federais, os comitês de ética no uso de animais de entes da Administração Federal e as comissões internas de biossegurança de entes da Administração Federal.

De acordo com o art. 6º, inc. I, da Lei federal nº 9.985/2000, o CONAMA é definido também como o órgão consultivo e deliberativo do SNUC. Todavia, existem outras quatro modalidades de colegiados previstos no SNUC: os conselhos consultivos de unidades de conservação de proteção integral, os conselhos deliberativos de reservas extrativistas, os de reservas de desenvolvimento sustentável e os das reservas de biosfera.

Também é o caso dos Comitês de Bacias Hidrográficas de rios federais, os quais estão previstos no art. 33, inc. III, da Lei federal nº 9.433/1997 e são definidos como “órgãos colegiados com atribuições normativas, deliberativas e consultivas a serem exercidas na bacia hidrográfica de sua jurisdição” (MACHADO, 2002, p. 104-105). Desse conceito se depreende a abrangência limitada de tais órgãos do ponto de vista territorial.

Com o advento da Lei Complementar nº 140/2011 (Lei das Competências Ambientais), diploma legal que regulamentou o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988, os colegiados ambientais foram alçados à condição de instâncias imprescindíveis para a legitimação da governança ambiental, tanto em virtude de sua função democrática quanto por se configurarem como um espaço público privilegiado para a discussão técnica, tendo em vista a composição qualificada que devem ter as câmaras técnicas que subsidiam os trabalhos dos colegiados ambientais.

A referida Lei Complementar instituiu a obrigatoriedade jurídica da instalação de conselho de meio ambiente como um requisito legal para que um ente federativo exerça a competência administrativa de licenciamento ambiental. Tal dever jurídico se encontra amparado no art. 15 da Lei das Competências Ambientais. Esse dever é uma concretização do princípio democrático e tem a particularidade de ser mediado por uma regra constante na Lei das Competências Ambientais.

A regra constante no dispositivo do art. 15 da Lei das Competências Ambientais estabelece as hipóteses em que os entes federativos, União e Estados federados, deverão atuar em caráter supletivo exercendo as atribuições administrativas de licenciamento e autorização ambiental de outros entes. Essa regra desempenha um importante papel na concretização do princípio da participação, pois permite que sejam aplicadas algumas funções atribuídas aos princípios no contexto da “eficácia interna indireta”, na linha de Humberto Ávila (2009), como a) a função interpretativa, quando inferimos que o dispositivo em comento estabelece as hipóteses de exercício da “competência supletiva” da União e Estados; ou b) a função bloqueadora, quando permite constatar que a ausência de um conselho de meio ambiente em um determinado ente federativo

autoriza que outro exerça a sua competência ambiental (a competência supletiva). Logo, devem ser “bloqueadas” as interpretações que confiram aos entes ambientais de uma unidade da federação que não possui um conselho de meio ambiente as competências para a execução do licenciamento ambiental.

Desse modo, o princípio da participação popular indiretamente é aplicado sobre a norma jurídica que estabelece que os entes federativos adotem com conselho de meio ambiente como requisito para o exercício de algumas atribuições ambientais.

### **3. O caso do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA)**

Nesse tópico, será analisada a Política Nacional do Meio Ambiente e seu correspondente Sistema, no caso o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), além do regime jurídico do CONAMA, o órgão colegiado e deliberativo do SISNAMA, que permite a participação da sociedade civil na tomada de decisões governamentais pertinentes ao meio ambiente.

#### **3.1. A estrutura jurídico-organizatória da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)**

A PNMA pode ser conceituada como um conjunto de instrumentos legais, técnicos, científicos, políticos e econômicos de abrangência nacional, destinados à promoção do desenvolvimento sustentável na realidade brasileira. A disciplina jurídica dessa política pública se encontra assentada na Lei federal nº 6.938/81 e no seu regulamento, o Decreto presidencial nº 99.274/90.

Os instrumentos da PNMA são medidas, meios e procedimentos pelos quais o poder público executa a política ambiental, tendo em vista a realização concreta do seu objeto, ou

seja, preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. Eles se encontram relacionados no art. 9º da Lei federal nº 6.938/81 e são exemplificativos<sup>32</sup>.

Tais instrumentos densificam diversos princípios estruturantes do direito ambiental e possuem diferentes graus de complexidade, “seja na sua formulação, seja na sua aplicação” (MILARÉ, 2007, p. 324). Daí a importância do estabelecimento de uma estrutura organizada e articulada de entes públicos voltados para a proteção do meio ambiente. Essa estrutura político-administrativa é o Sistema Nacional do Meio Ambiente, previsto no art. 6º da Lei federal nº 6.938/81.

De acordo com o citado dispositivo legal, tendo em vista as alterações que se sucederam desde 1981, existem seis espécies de órgãos integrantes do SISNAMA: a) órgãos locais; b) órgãos seccionais; c) órgão executor; d) órgão central; e) órgão consultivo e deliberativo; e f) órgão superior.

Os órgãos locais previstos no art. 6º, inc. VI, da Lei da PNMA são os órgãos e entidades da administração municipal que são dotados de atribuições em matéria de meio ambiente. Esses entes poderão constituir um sistema municipal de meio ambiente, o qual deverá ser formado por um conselho de meio ambiente e por um órgão ambiental capacitado de acordo com a Lei Complementar nº 140/2011.

Por sua vez os órgãos seccionais são entes integrantes da administração pública dos Es-

---

<sup>32</sup> A referida Lei indica treze instrumentos: a) padrões de qualidade ambiental; b) zoneamento ambiental; c) avaliação de impactos ambientais; d) licenciamento ambiental; e) incentivo à produção limpa; f) espaços territoriais especialmente protegidos; g) Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente; h) cadastro técnico federal de atividades e instrumentos de defesa ambiental; i) relatório de qualidade do meio ambiente; j) garantia da informação pelo poder público; k) cadastro técnico federal de atividades potencialmente poluidoras; l) instrumentos econômicos; m) penalidades disciplinares ou compensatórias (BRASIL, 1981).

tados federados e do Distrito Federal que se encontram previstos no art. 6º, inc. V, da Lei federal nº 6.938/81. Esses entes variam de acordo com a estrutura de cada Estado-membro e se organizam em um sistema estadual de meio ambiente<sup>33</sup>.

O órgão executor é aquele que desempenha atribuições operacionais visando implementar a norma ambiental e as diretrizes governamentais de âmbito federal. Segundo o art. 6º, inc. IV, da Lei da PNMA, esse “órgão” é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), uma autarquia federal criada pela Lei nº 7.735/89 e que se encontra vinculada ao Ministério de Estado do Meio Ambiente.

Em 2007, com o advento da Medida Provisória nº 366, posteriormente convertida na Lei federal nº 11.516/07, foi criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), autarquia federal que passou a exercer todas as atribuições que anteriormente eram exercidas pelo IBAMA envolvendo o patrimônio florestal e genético brasileiro<sup>34</sup>. Com essa alteração legislativa, o ICMBio passou a compartilhar com o IBAMA a função de órgão executor do SISNAMA<sup>35</sup>.

Previsto no art. 6º, inc. III, da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente, o órgão central é o órgão de direção e planejamento das políticas nacionais e federais de meio ambiente. Esse

órgão, no ordenamento jurídico brasileiro, é o Ministério de Estado do Meio Ambiente, um ente da administração direta.

O órgão superior é o Conselho de Governo de acordo com o dispositivo legal do art. 6º, inc. I, da Lei federal nº 6.938/81. Contudo, sob a ótica da facticidade social, o Conselho de Governo jamais exerceu o papel de órgão ambiental (MILARÉ, 2007, p. 295)<sup>36</sup> mesmo tendo sido promulgados diversos diplomas legais inserindo esse colegiado na Administração Pública Federal<sup>37</sup>, inclusive um decreto presidencial criando uma Câmara interna de Políticas dos Recursos Naturais<sup>38</sup>.

O Conselho de Governo possui uma estrutura basicamente formada pelos titulares de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, não havendo nele a representação da sociedade civil. Nisso reside o *déficit* democrático desse colegiado que a Lei da PNMA considera como órgão superior do SISNAMA.

Definido pelo art. 6º, inc. II, da Lei federal nº 6.938/81 como órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) tem uma natureza bem distinta tanto do ponto de vista político-estrutural quanto sob a ótica da facticidade social. No primeiro viés, o político-estrutural, esse órgão colegial tem uma forte participação da sociedade civil abrangendo diversos segmentos, como ambientalistas, trabalhadores, empresários, entre outros. No

<sup>33</sup> Conforme foi salientado retro, a Lei Complementar nº 140, de 2011, também traz referência explícita à exigência de conselhos de meio ambiente para os Estados federativos e os Municípios.

<sup>34</sup> Excetua-se do disposto em relação ao ICMBio as atribuições que constituem prerrogativas do Serviço Florestal Brasileiro (SFB), uma desconcentração do Ministério do Meio Ambiente, e que se encontram previstas na Lei federal nº 11.286/2006, ou seja, as florestas públicas criadas pela União.

<sup>35</sup> Assim dispõe o art. 3º, inc. IV, do Decreto federal nº 99.274/1990, com a redação dada pelo Decreto nº 6.792/2009.

<sup>36</sup> Segundo esse autor, “a lei refere formalmente a um Conselho de Governo que, embora previsto como órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República, até o momento não teve qualquer atuação concreta na formulação de diretrizes de ação governamental relacionada ao meio ambiente. Na prática, seu lugar tem sido ocupado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA” (MILARÉ, 2007).

<sup>37</sup> Vide as Leis federais nº 8.028/90, 8.490/92, 9.649/98 e o art. 7º da Lei nº 10.683/2003.

<sup>38</sup> Vide o Decreto federal nº 4.792/2003.



segundo, o da facticidade social, o CONAMA tem contribuído ativamente para a consolidação do direito ambiental brasileiro, tendo editado diversos atos normativos com uma eficácia surpreendente apesar da natureza infralegal<sup>39</sup>.

Quanto à eficácia social das resoluções do CONAMA, sustenta Cristiana Losekann (2012, p. 189-190) que, “em relação ao aspecto da efetividade, já observamos que se trata de um conselho com poder de implementar as suas decisões e, ainda, que tem poder de normatização. Sendo assim, ele apresenta uma importante capacidade de efetivação”.

Observa-se que a questão da efetividade das resoluções desse colegiado ambiental é extremamente problemática. Afinal, considerando que a Lei da PNMA atribuiu ao Conselho de Governo a função de órgão superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente, como o direito ambiental brasileiro lida com o “ativismo” legiferante do CONAMA?

Quanto ao papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente no SISNAMA em face do que a lei atribuiu ao Conselho de Governo, a doutrina ambientalista se dispersa em distintos entendimentos traduzindo um autêntico conflito de interpretações.

Para Édis Milaré (2007, p. 295), o CONAMA vem assumindo o papel de órgão superior *de facto* do SISNAMA, enquanto o Conselho de Governo figura como órgão superior formalmente previsto na lei.

De acordo com Paulo Affonso Leme Machado (2011, p. 169), a Lei nº 6.938/81 já deixou “bem marcadas as competências” do CONAMA e do Conselho de Governo. Assim, para esse autor, o CONAMA detém a competência deliberativa da política ambiental brasileira, enquanto o Conselho de Governo apenas deve prestar assessoramento à Presidência da República.

Uma terceira posição se limita a transcrever o que está na Lei nº 6.938/81, repetindo as definições de Conselho de Governo como órgão superior e de Conselho Nacional do Meio Ambiente como órgão consultivo e deliberativo, ignorando qualquer questionamento sobre a natureza da categoria “órgão superior” prevista no SISNAMA, seja em face do ativismo do CONAMA, seja em face da inação do Conselho de Governo em lidar com a questão ambiental. Nessa linha de raciocínio, encontram-se Paulo de Bessa Antunes (2008, p. 107-109) e Miriam Fontenelle (2006, p. 27-28).

---

<sup>39</sup>Vide o caso da Resolução CONAMA nº 237/1997 que disciplinava normas gerais para o licenciamento ambiental e acabou regulamentando o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988, o qual exige uma Lei Complementar (até o advento da LC 140/2011). A despeito de uma aparente inconstitucionalidade, inexistiu qualquer Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) questionando a sua validade no mundo jurídico.

### 3.2. O regime jurídico do CONAMA

A adoção de órgãos colegiados com atribuições sobre políticas públicas de meio ambiente, como é o caso do CONAMA, não seria uma peculiaridade do direito brasileiro, mas uma influência do direito estrangeiro, em especial o estadunidense, no qual o direito ambiental pátrio se inspirou para construir seu sistema político de gestão do meio ambiente.

Esta assertiva se confirma pelo fato de os Estados Unidos da América (EUA), quando promulgaram a Lei da Política Ambiental Nacional (*National Environmental Policy Act – NEPA*) no ano de 1969, terem expedido uma série de atos normativos, denominados *Executive Orders*, sobre a temática ambiental.

Uma das primeiras *Executive Orders* expedidas pelo Presidente dos EUA da época, Richard Nixon, foi a *Executive Order* nº 11.472, de 29 de maio de 1969 – portanto, anterior à *NEPA* –, que estabelecia a criação do Comitê de Gabinete sobre o Meio Ambiente (*Cabinet Committee on the Environment*), um órgão colegial que deveria reunir autoridades governamentais e foi extinto em 1970, e do Comitê Assessor de Cidadãos sobre Qualidade Ambiental (*Citizens’ Advisory Committee on Environmental Quality – CACEQ*) (OLIVEIRA, 2012, p. 38).

Colegiado formado por 15 cidadãos indicados diretamente pelo Presidente dos Estados Unidos, o CACEQ existiu por 8 anos (entre 1969 e 1977) e tinha a atribuição de órgão consultivo da Casa Branca e dos demais órgãos ambientais da União no que se refere ao meio ambiente (OLIVEIRA, 2012, p. 38).

O modelo estrutural do CACEQ era muito semelhante ao do Conselho Consultivo do Meio Ambiente (CCMA), colegiado previsto no Decreto federal nº 73.030/1973, que teria 15 membros indicados pelo Presidente da República por proposição do Ministro do Interior, mas que na prática não chegou a ser implementado (MACHADO, 2011, p. 169). Esse colegiado representou um “balão de ensaio” para a adoção posterior do CONAMA, o que de fato ocorreu sete anos depois.

De acordo com a redação original do art. 6º da Lei federal nº 6.938/81, o CONAMA era definido como o órgão superior do Sistema Nacional do Meio Ambiente, tendo como atribuição a prestação de assistência ao “Presidente da República na formulação de diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente”.

Com a alteração legislativa na Lei da PNMA proporcionada pela Lei federal nº 7.804/89, foi criado formalmente o Conselho Superior do Meio Ambiente (CSMA), que assumiria o papel de órgão superior do SISNAMA, enquanto o Conselho Nacional do Meio Ambiente passou a

ser definido por essa Lei como órgão consultivo e deliberativo do Sistema, qualificação esta que seria perpetuada.

E de fato foi o que ocorreu com a Lei federal nº 8.028/90 que, modificando o art. 6º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, extinguiu o CSMA antes que fosse implantado, conferiu ao Conselho de Governo a condição de órgão superior do SISNAMA e manteve o CONAMA como órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional, papel institucional que vem desempenhando desde então.

O Conselho Nacional de Meio Ambiente é um órgão colegiado com sede em Brasília (DF), presidido pelo titular do Ministério de Estado do Meio Ambiente e com uma estrutura administrativa formada por seis unidades internas: a) Plenário; b) Câmara Especial Recursal; c) Comitê de Integração de Políticas Ambientais; d) Câmaras Técnicas; e) Grupos de Trabalho; e f) Grupos Assessores<sup>40</sup>.

O CONAMA é composto por 107 conselheiros titulares e 3 convidados, sendo os titulares representantes governamentais das três esferas federativas, dos segmentos empresariais e trabalhistas, da comunidade científica, de organizações não governamentais ambientalistas eleitas e indicadas, entidades de classe profissional, populações tradicionais e um “membro honorário”; já os conselheiros convidados representam o Poder Legislativo, o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> É o que dispõe o art. 4º do Decreto federal nº 99.274/1990, com a redação dada pelo Decreto nº 6.792/2009.

<sup>41</sup> De acordo com a redação vigente do art. 5º do Decreto federal nº 99.274/1990, o Plenário do CONAMA é composto por: I – o Ministro de Estado do Meio Ambiente, que o presidirá; II – o Secretário-Executivo do Ministério do Meio Ambiente, que será o seu Secretário-Executivo; III – um representante do IBAMA e um do Instituto Chico Mendes; IV – um representante da Agência Nacional de Águas – ANA; V – um representante de cada um dos Ministérios, das Secretarias da Presidência da República e dos Comandos Militares do Ministério da Defesa, indicados pelos respectivos titulares; VI – um representante de cada um dos Governos Estaduais e do Distrito Federal, indicados pelos respectivos governadores; VII – oito representantes dos Governos Municipais que possuam órgão ambiental estruturado e Conselho de Meio Ambiente com caráter deliberativo, sendo: a) um representante de cada região geográfica do País; b) um representante da Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente – ANAMMA; c) dois representantes de entidades municipalistas de âmbito nacional; VIII – vinte e um representantes de entidades de trabalhadores e da sociedade civil, sendo: a) dois representantes de entidades ambientalistas de cada uma das Regiões Geográficas do País; b) um representante de entidade ambientalista de âmbito nacional; c) três representantes de associações legalmente constituídas para a defesa dos recursos naturais e do combate à poluição, de livre escolha do Presidente da República; d) um representante de entidades profissionais, de âmbito nacional, com atuação na área ambiental e de saneamento, indicado pela Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental – ABES; e) um representante de trabalhadores indicado pelas centrais sindicais e confederações de trabalhadores da área urbana (Central Única dos Trabalhadores – CUT, Força Sindical, Confederação Geral dos Trabalhadores – CGT, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI e Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC), escolhido em processo coordenado pela CNTI e CNTC; f) um representante de trabalhadores da área rural, indicado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG; g) um representante de populações tradicionais, escolhido em

De acordo com a taxonomia dos órgãos colegiados retro, o CONAMA se enquadra como um conselho: a) de meio ambiente *stricto sensu*; b) federal; c) de abrangência nacional; d) deliberativo; e e) misto (OLIVEIRA, 2012, p. 45).

O Conselho Nacional do Meio Ambiente é um conselho de meio ambiente *stricto sensu*, pois ele se encontra intrinsecamente vinculado ao SISNAMA, ao desempenhar o destacado papel jurídico-institucional de órgão consultivo e deliberativo do citado Sistema nos termos do art. 6º, inc. II, da Lei da PNMA.

A supracitada instância administrativa coletiva pode ser considerada um colegiado “federal” pelo fato de estar inserida na estrutura do Ministério de Estado do Meio Ambiente, uma desconcentração da Administração Direta do Poder Executivo Federal, e de ter “abrangência nacional” em razão de suas deliberações e normas terem eficácia por todo o território nacional.

Esse Conselho pode ser classificado como deliberativo com fundamento em dois dispositivos legais previstos na Lei nº 6.938/81: o art. 6º, inc. II, que trata do CONAMA como um órgão consultivo e deliberativo; e o art. 8º, incs. I, VI e VII, que delimita a competência administrativa do Conselho.

O primeiro prevê como finalidade do colegiado “deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida”. Essa competência é exercida pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente por meio da expedição de Resoluções dotadas de caráter normativo.

O segundo dispositivo prevê para o órgão colegial diversas atribuições normativas para disciplinar o licenciamento ambiental “de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA” (art. 8º, I), para regular “o controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações [...]” (art. 8º, VI) e também para criar regras relativas “ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos” (art. 8º, VII).

---

processo coordenado pelo Centro Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Populações Tradicionais – CNPT/IBAMA; h) um representante da comunidade indígena indicado pelo Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil – CAPOIB; i) um representante da comunidade científica, indicado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC; j) um representante do Conselho Nacional de Comandantes Gerais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares – CNCG; l) um representante da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza – FBCN; IX – oito representantes de entidades empresariais; e X – um membro honorário indicado pelo Plenário. Os conselheiros convidados são: I – um representante do Ministério Público Federal; II – um representante dos Ministérios Públicos Estaduais, indicado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça; e III – um representante da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1990).

A formação complexa do CONAMA dificulta a sua classificação quanto à composição, pois esse colegiado conta com uma presença maciça de conselheiros vinculados a algum ente público de alguma das três esferas federativas. Contudo, considerando o pluralismo político e o regime democrático brasileiro, dificilmente esse conjunto de conselheiros pode ser tratado como um segmento uniforme e coeso. Esses fatores fazem com que o CONAMA orbite entre o “preponderantemente governamental” e o “paritário”. Por ter uma composição mista que transita entre essas duas modalidades de formação colegiada, observa-se que, na contemporaneidade, o Conselho somente poderia ser classificado como um colegiado de natureza mista (OLIVEIRA, 2012, p. 60). Caso os agentes públicos decidam, no futuro, em favor de uma ampliação da representação da sociedade civil organizada (VIANNA, 2012, p. 72)<sup>42</sup>, o CONAMA poderá vir a atingir um autêntico *status* de órgão colegiado paritário.

#### **4. A participação popular, o CONAMA e a concretização principiológica pelo Poder Judiciário**

Os princípios podem ser definidos como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos” derivados da conduta tida como necessária à sua realização (ÁVILA, 2009, p. 78-79).

Os princípios são imediatamente finalísticos, pois estabelecem um determinado fim, o qual deve ser juridicamente relevante. Em relação ao princípio da participação popular, entende-se que o fim principiológico em questão estaria no alcance da democracia participativa, por ser esse o modelo que melhor representa as aspirações por uma ampliação da dimensão democrática no contexto social pós-moderno, superando projetos tradicionais atrelados à democracia representativa, os quais estariam esgotados (SABSAY, 2001, p. 43).

A democracia participativa é uma dimensão política caracterizada pelo exercício direto da soberania pelo povo através de instrumentos legislativos, administrativos e judiciais (MOREIRA NETO, 1992, p. 159). Esse modelo consolida a participação popular não somente na

---

<sup>42</sup> Afirma Marcelo Ribeiro Vianna (2012) que “(...) o aumento do número de representantes das entidades ambientalistas é visto como um fundamental aperfeiçoamento para garantir condições de igualdade na intervenção desse segmento. Nesse sentido, um outro pleito importante seria o fim da indicação do governo federal de três das entidades ambientalistas, o que, no estado atual, se configura como uma grave interferência na independência de atuação destas entidades de um setor sub-representado”.

condição de princípio fundamental do Estado de direito (*Hauptprinzip des Rechtsstaats*), conforme leciona Jürgen Habermas (2003, p. 213)<sup>43</sup>, como também a vislumbra como uma expressão dos direitos fundamentais políticos (*Political Rights*), de acordo com Amartya Sen (2000, p. 148)<sup>44</sup>.

Além do mencionado suporte teórico-doutrinário, a consagração da participação pública, tanto como princípio jurídico quanto na condição de direito humano, vai encontrar respaldo em normas internacionais de *soft law*<sup>45</sup>, a exemplo do princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)<sup>46</sup>, que delineou a participação como princípio do direito ambiental, e do artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)<sup>47</sup>, que reconheceu o direito humano de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes.

O princípio jurídico da participação popular, também denominado “princípio democrático”, ou “princípio da participação comunitária”, ou “princípio da participação democrática”, ou simplesmente “princípio da participação”, possui diversos sentidos em face da vagueza e ambiguidade que são características da lin-

---

<sup>43</sup> O filósofo alemão J. Habermas identifica a participação popular no princípio da soberania popular (*Prinzip der Volkssouveränität*).

<sup>44</sup> O pensador indiano A. Sen (2000) vai vislumbrar a importância direta dos direitos políticos na vida humana em associação com capacidades básicas, como a participação política e social (“...their direct importance in human living associated with basic capabilities – including that of political and social participation”).

<sup>45</sup> Sobre os instrumentos de *soft law* no direito ambiental internacional, ver GORDILHO, 2008a.

<sup>46</sup> Proclamada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), que se reuniu no Rio de Janeiro, Brasil, de 3 a 14 de junho de 1992.

<sup>47</sup> Adotada e proclamada pela resolução 217-A(III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

guagem (ROSS, 2000, p. 164-165). Essa textura aberta da linguagem faz com que a interpretação jurídica possibilite ao aplicador do direito o afloramento de concepção de mundo, pois há muito que houve a superação do paradigma exegético segundo o qual o juiz seria a “boca que pronuncia as palavras da lei”, conforme proverbial assertiva de Montesquieu (2006).

Deve ser ainda frisado o componente ideológico que permeia o intérprete da lei, pois esse não seria isento de quaisquer valorações. Adverte Heron Gordilho (2008b, p. 53) que não se pode ser ingênuo, pois os magistrados, assim como os juristas de um modo geral, estão inseridos na esfera política da sociedade e, considerando a “realidade social injusta e contraditória” que é a brasileira, “alguns detentores de instrumentos do poder simbólico para o controle social não haveriam de utilizá-los apenas com o fim de manter o *status quo*”.

Corroborando o afirmado acima especificamente em relação ao direito ambiental, Plauto Faraco de Azevedo (2000, p. 59) afirma que na “interpretação e aplicação da norma ambiental percebe-se nitidamente a *politicidade da função judicial*”, de maneira que “o processo hermenêutico sofre decisiva influência da *ideia prévia* que o intérprete tenha do direito, da vida e dos interesses em questão” (grifos nossos).

A solução para o questionamento de Plauto F. de Azevedo não surgirá tal como uma fórmula *Deus ex machina*. Entretanto, pode ser vislumbrado o início da construção de uma resposta a Azevedo na ideia capitaneada por J.R. Morato Leite e Germana Belchior de uma “Hermenêutica Jurídica Ambiental”, a qual seria proposta “por meio de princípios de interpretação que objetivam a busca de soluções justas e constitucionalmente adequadas para a interpretação de normas ambientais, influenciados por uma nova pré-compreensão ambiental” (LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 309).

Assim, a participação pode ser entendida de distintas formas a depender da pré-compreensão de quem a conceitua ou a aplica num processo hermenêutico. No contexto do direito ambiental brasileiro, o referido princípio foi recepcionado pela tríade legislação, doutrina e jurisprudência.

No que se refere à legislação brasileira, o princípio da participação popular se encontra previsto na Constituição Federal de 1988, de forma genérica no art. 1º, parágrafo único, e de forma específica em relação ao meio ambiente no *caput* do art. 225, conforme preconiza Patrícia Bianchi (2010, p. 161). De acordo com Miriam Fontenelle (2006, p. 13-14), o referido princípio se encontra respaldado também no art. 2º, inc. X, da Lei do PNMA.

Quanto à doutrina, cada jurista contribui com uma opinião distinta, mas a maioria dos doutrinadores brasileiros compartilha do pensamento de Ramón Martín Mateo (1998, p. 57) quanto ao fato de a educação ambiental e a informação ambiental serem compreendidas como requisitos prévios para o exercício da participação pública.

J. Adércio Leite Sampaio (2003, p. 80) propõe analisar o meio ambiente sob a ótica do princípio democrático de duas formas: a macrodemocracia (consultas populares por meio de plebiscitos e referendos, além da iniciativa popular) e a microdemocracia (participação popular e social, sobretudo por meio de organizações não governamentais, de audiências públicas, colegiados e de ações coletivas ambientais).

M. Fontenelle (2006, p. 13-14) sugere a possibilidade de participação por meio do instituto do recurso administrativo, visto que a “participação não somente se refere à gestão compartilhada de bens ambientais”; através da interposição de recursos administrativos, o cidadão pode questionar as ações dos órgãos da administração pública.

Álvaro Luiz Valery Mirra (1996, p. 57-58) cita três mecanismos de participação direta da população na proteção da qualidade ambiental, os quais são reconhecidos pelo direito brasileiro: a) participação nos processos de criação do Direito Ambiental; b) participação popular na formulação e execução de políticas ambientais (órgãos colegiados, discussão do EIA/RIMA em audiências públicas e em plebiscitos); c) participação popular através do Poder Judiciário.

A participação comunitária nos processos de criação do direito do ambiente pode se dar de duas formas: a) participação no processo legislativo (iniciativa popular e referendo de lei); b) participação em órgãos colegiados dotados de poderes normativos (MILARÉ, 2007, p. 185).

De acordo com o exposto, verifica-se o importante papel institucional desempenhado pelo CONAMA, em razão de este órgão possuir uma destacada pluralidade política, bem como deter importantes atribuições



deliberativas, sendo inclusive copartícipe do processo de criação do direito ambiental.

Entretanto, a grande quantidade de membros vinculados a algum órgão público, mesmo que não seja da Administração Pública Federal, pode prejudicar a legitimidade social do Conselho, visto que determinadas agendas políticas em comum eventualmente podem surgir e aproximar os representantes dos três níveis federativos, o que pode implicar uma supremacia inquestionável do Estado em relação à sociedade civil. Essa circunstância faz com que se verifique a necessidade de aperfeiçoamento institucional do CONAMA para, de fato, alcançar uma maior legitimidade social e evitar que uma circunstância eventual como a hipoteticamente especulada acima venha um dia a se concretizar.

Antes de verificar como a jurisprudência tem entendido a participação popular no âmbito do CONAMA, devem ser mencionados alguns julgados para mostrar como o princípio da participação comunitária tem sido aplicado pelos tribunais brasileiros.

O Poder Judiciário tem assumido um importante papel institucional na efetivação dos princípios ambientais, pois as “normas precisam ser interpretadas de forma a concretizar o Estado de Direito Ambiental. Por mais que a Constituição permaneça, em muitos pontos, inalterada, e até mesmo as normas infraconstitucionais, o intérprete deve perceber o movimento dialético do Direito”, integrado por raciocínios jurídicos dedutivos e indutivos, circunstância que justificaria “a emergência de uma hermenêutica jurídica ambiental” (LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 308).

A jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, especialmente a do Supremo Tribunal Federal (STF), que vem sendo produzida em matéria de aplicação dos princípios do direito ambiental, tem-se centrado basicamente nos

princípios da precaução, poluidor-pagador e reparação. O princípio da participação popular integra uma minoria insignificante de julgados quando comparado com os outros princípios, de maneira que ainda não se encontra consolidada uma jurisprudência sobre esse princípio; há apenas algumas decisões isoladas que necessitariam ser constantemente reiteradas para que, de fato, alcançassem o *status* de fonte do direito de matriz jurisprudencial.

Em relação ao STF, observa-se que a problemática do princípio da participação popular aplicado ao direito ambiental foi tratada em poucos julgados, inclusive de forma breve e superficial, sendo os únicos casos julgados pelo Plenário, até dezembro de 2013, os Mandados de Segurança nº 23.800, nº 24.665 e nº 25.284, além do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.218.

No Mandado de Segurança nº 23.800, o STF teve de apreciar uma lide envolvendo proprietários rurais que questionavam a desapropriação de uma área para fins de criação de uma unidade de conservação federal: o Parque Nacional da Serra da Bodoquena, situado no Mato Grosso do Sul (BRASIL, 2002).

Nessa ação, alegou-se que teriam ocorrido violações aos requisitos legais previstos no art. 22, § 2º, da Lei do SNUC, tendo a decisão judicial pertinente ao referido caso sido pautada na circunstância de ter sido “comprovada nos autos a realização de audiências públicas na Assembleia Legislativa do Estado”, conforme enuncia a ementa do citado julgado<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Consta na ementa do citado julgado: “MANDADO DE SEGURANÇA. CRIAÇÃO DO PARQUE NACIONAL DA SERRA DA BODOQUENA. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA DE IMÓVEIS LOCALIZADOS NA ÁREA DO PARQUE. EXIGÊNCIA LEGAL DE ESTUDOS TÉCNICOS E DE CONSULTA PÚBLICA SOBRE A VIABILIDADE DO PROJETO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 22, § 2º, DA LEI 9985, DE 18/07/2000: IMPROCEDÊNCIA. 1. Comprovada nos autos a realização de audiências públicas na Assembleia Legislativa do Estado

No referido processo, que teve como relator o Ministro Maurício Correia, o STF decidiu pela improcedência desse mandado de segurança de forma unânime, amparado no fato de que, a partir da comprovação nos autos da realização de audiências públicas, teria sido atendida a exigência contida no art. 22, § 2º, da Lei do SNUC.

No Mandado de Segurança nº 24.665, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, cujo voto foi vencido, tendo sido prevalecente o voto do Ministro César Peluso (BRASIL, 2004), o STF teve de apreciar uma lide que também envolvia o instituto da consulta pública em uma unidade de conservação de proteção integral, modalidade estação ecológica.

Nesse caso, o STF decidiu que “a ampliação dos limites de estação ecológica, sem alteração dos limites originais, exceto pelo acréscimo proposto, não pode ser feita sem observância dos requisitos prévios de estudos técnicos e consulta pública”, do contrário estar-se-ia violando o disposto no art. 66, §§ 2º e 6º, da Lei nº 9.985/2000, conforme se observa na ementa<sup>49</sup>.

---

com vistas a atender a exigência do § 2º do artigo 22 da Lei 9985/00. 2. Criação do Parque. Manifestação favorável de centenas de integrantes das comunidades interessadas, do Conselho Nacional da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica e da Associação Brasileira de Entidades de Meio Ambiente – ABEMA. 3. Parecer técnico, do Ministério do Meio Ambiente, que concluiu pela viabilidade e conveniência da destinação ambiental da área, dada a necessidade de se proteger o ecossistema local, revestido de significativa mata atlântica. Zona de confluência entre o Pantanal, o Cerrado e o Chaco, onde se encontram espécies vegetais raras, ameaçadas de extinção. Segurança denegada” (BRASIL, 2002).

<sup>49</sup> Consta na ementa do citado julgado: “MEIO AMBIENTE. Unidade de conservação. Estação ecológica. Ampliação dos limites originais na medida do acréscimo, mediante decreto do Presidente da República. Inadmissibilidade. Falta de estudos técnicos e de consulta pública. Requisitos prévios não satisfeitos. Nulidade do ato pronunciada. Ofensa a direito líquido e certo. Concessão do mandado de segurança. Inteligência do art. 66, §§ 2º e 6º, da Lei nº 9.985/2000. Votos vencidos. A ampliação dos limites de estação ecológica, sem alteração dos limites originais, exceto pelo acréscimo proposto, não pode ser feita sem observância dos requisitos prévios de estudos técnicos e consulta pública” (BRASIL, 2004).

No Mandado de Segurança nº 25.284, processo relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, o STF decidiu, por unanimidade dos votos, indeferir o pedido de nulidade do decreto presidencial que criou a reserva extrativista Verde para Sempre, localizada no Baixo Xingu, Estado do Pará, pleito formulado por mais de cinquenta proprietários e detentores de terras (BRASIL, 2010b).

De acordo com o relator, a criação da citada reserva extrativista foi precedida de consulta pública e de estudos técnicos, requisitos amparados no § 2º do artigo 22 da Lei nº 9.985/2000, a qual “objetiva identificar a localização, a dimensão e os limites da área da reserva ambiental”.

Outro aspecto da decisão do STF que se correlaciona com o princípio da participação popular é a determinação de que a instalação do conselho deliberativo gestor da reserva extrativista, um órgão colegiado ambiental de abrangência limitada, deve ser feita posteriormente à edição do ato administrativo de criação da unidade de conservação de uso sustentável. Nesse sentido dispõe a ementa<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Consta na ementa do citado julgado: “MEIO AMBIENTE – RESERVA EXTRATIVISTA – CONFLITO DE INTERESSE – COLETIVO VERSUS INDIVIDUAL. Ante o estabelecido no artigo 225 da Constituição Federal, conflito entre os interesses individual e coletivo resolve-se a favor deste último. PROPRIEDADE – MITIGAÇÃO. O direito de propriedade não se revela absoluto. Está relativizado pela Carta da República – artigos 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV, e 184. ATO ADMINISTRATIVO – PRESUNÇÃO. Os atos administrativos gozam da presunção de merecimento. RESERVA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL – CRIAÇÃO – ALTERAÇÃO – SUPRESSÃO. A criação de reserva ambiental faz-se mediante ato administrativo, surgindo a lei como exigência formal para a alteração ou a supressão – artigo 225, inciso III, do Diploma Maior. RESERVA AMBIENTAL – CONSULTA PÚBLICA E ESTUDOS TÉCNICOS. O disposto no § 2º do artigo 22 da Lei nº 9.985/2000 objetiva identificar a localização, a dimensão e os limites da área da reserva ambiental. RESERVA EXTRATIVISTA – CONSELHO DELIBERATIVO GESTOR – OPORTUNIDADE. A implementação do conselho deliberativo gestor de reserva extrativista ocorre após a edição do decreto versando-a. RESERVA EXTRATIVISTA – REFORMA AGRÁRIA – INCOMPATIBILIDADE. Não coabitam o mesmo teto, sob o ângulo constitucional, reserva extrativista e reforma agrária. RESERVA EXTRATIVISTA – DESAPROPRIAÇÃO

No Agravo Regimental à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4218, relatado pelo Ministro Luiz Fux, o STF teve de apreciar uma lide em que foi questionada a constitucionalidade de um decreto presidencial que determina a classificação das cavidades naturais subterrâneas brasileiras de acordo com o seu grau de relevância, definindo parâmetros para o licenciamento ambiental de empreendimentos que possam afetar tais recursos naturais. O STF de forma unânime rejeitou o agravo regimental à ADIN (BRASIL, 2012).

Nesse julgado oriundo do controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo STF, o citado tribunal invocou, mais uma vez em seu discurso, a consulta popular como um dos requisitos do ato administrativo de criação de uma unidade de conservação, conforme se infere dos excertos da ementa<sup>51</sup>.

Além da jurisprudência produzida pelo STF, há ainda o repertório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que possui uma natureza semelhante ao STF em relação ao baixo quantitativo de julgados nos quais o princípio da participação é invocado quando comparado aos outros princípios ambientais. Igualmente em ambos se observa a inexistência de questionamentos judiciais quanto à participação popular no CONAMA.

Os questionamentos judiciais que esse colegiado ambiental tem enfrentado diante do Poder Judiciário normalmente envolvem as seguintes matérias: a) o controle de legalidade de seu poder normativo; e b) imposição de obrigação de fazer (expedição de deliberação normativa secundária) em defesa do meio ambiente.

---

– ORÇAMENTO. A criação de reserva extrativista prescinde de previsão orçamentária visando satisfazer indenizações” (BRASIL, 2010b).

<sup>51</sup> Consta na ementa do citado julgado: “AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITOS CONSTITUCIONAIS, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. PODER REGULAMENTAR (ART. 84, IV, DA CONSTITUIÇÃO). DECRETO QUE ESTABELECE PARÂMETROS E CRITÉRIOS PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE EMPREENDIMENTOS POTENCIALMENTE NOCIVOS AO PATRIMÔNIO ESPELEOLÓGICO BRASILEIRO. FARTA DISCIPLINA LEGAL. EVENTUAL OFENSA CONSTITUCIONAL MERAMENTE REFLEXA OU INDIRETA. INAPLICABILIDADE AO CASO DO ART. 225, § 1º, III, DA CARTA MAGNA. EXIGÊNCIA DE LEI APENAS PARA A ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DE ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS, SITUAÇÃO DIVERSA DO CASO SUB JUDICE. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O patrimônio espeleológico nacional goza de proteção legal, assim como encontra farta regulamentação em Lei o licenciamento ambiental de atividades potencialmente nocivas às cavidades naturais subterrâneas. Artigos 3º, 16, 17 e 19 da Lei nº 7.805/89. Lei nº 8.876/94. Artigos 2º, II e IX, 3º, V, 4º, III, e 10 da Lei nº 6.938/81. Art. 36 da Lei nº 9.985/2000. Artigos 2º, IV, 3º, V, 4º, VII, 9º, IV, 10, 11, 12 e 17-L da Lei nº 6.938/81. [...] 3. O art. 225, § 1º, III, da Constituição somente exige a edição de lei para a alteração ou supressão de um espaço territorial delimitado de especial proteção ambiental, previamente criado por ato do poder público, este precedido de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade. [...] 5. A alegação de que o Executivo desbordou dos lindes da sua competência regulamentar resolve-se no plano da legalidade, não avançando à seara constitucional senão reflexa ou indiretamente” (BRASIL, 2012).

As espécies de litígios que o Poder Judiciário tem enfrentado em relação ao CONAMA permitem inferir, em um primeiro momento, que os tribunais brasileiros têm entendido o referido órgão colegiado como uma mera desconcentração administrativa, especialmente quando se observa a decisão judicial que resultou na Resolução CONAMA nº 408/2009, uma deliberação do colegiado proclamada pelo Plenário, sem qualquer debate ou análise técnica, apenas fundamentada no dever de cumprimento de uma sentença judicial, ou seja, uma resolução produzida por força de uma sentença judicial que obrigou o CONAMA a incluir a queima controlada de palha de cana-de-açúcar como atividade poluidora sujeita a EIA-RIMA, independentemente de quaisquer análises pelas Câmaras Técnicas do colegiado e do próprio Plenário.

Logo, esse tipo de ato judicial, ao impor a um determinado órgão colegiado que produza uma norma tecno-jurídica sem haver um espaço de deliberação, apenas por ser um provimento judicial, demonstra-se extremamente nocivo e irrazoável, pois termina por inviabilizar a construção de uma democracia deliberativa em bases consensuais nas quais sejam adotados mecanismos de articulação e negociação institucional abrangendo os diferentes agentes envolvidos, que representam distintos segmentos: governo, empresariado e sociedade civil organizada (ambientalistas, trabalhadores, acadêmicos e comunidades tradicionais).

## 5. Conclusões

Os órgãos colegiados são manifestações institucionalizadas do princípio democrático no âmbito da administração pública, visto que abarcam em sua composição cidadãos desvinculados do Poder Público, que figuram como agentes particulares em colaboração, e contribuem para a consolidação de um espaço público deliberativo no qual as decisões governamentais deixam de ser monopólio dos agentes estatais e passam a ser objeto de discussão cívica.

No contexto do direito ambiental, os colegiados desempenham um papel imprescindível para a governança ambiental, visto que propiciam a criação de uma arena de articulação institucional que concilia os imperativos da razão política com os limites da técnica em uma dialética que busca na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado a sua síntese.

A Lei Complementar nº 140/2011 (Lei das Competências Ambientais) instituiu o dever jurídico de instalação de conselho de meio ambiente como requisito legal para que um ente federativo exerça a competência administrativa de licenciamento ambiental, conforme se infere do art. 15 da citada Lei Complementar.

O CONAMA desempenha um importante papel institucional no contexto da Política Nacional do Meio Ambiente em virtude da multiplicidade de atores sociais que integram sua composição, além de deter importantes atribuições normativas, sendo inclusive participante do processo de criação de normas de direito ambiental.

O CONAMA não pode ser considerado como um colegiado paritário, pois uma significativa parcela de seus membros pertence a quadros governamentais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Portanto, o CONAMA necessita de um aperfeiçoamento institucional para alcançar, de fato, uma maior legitimidade social e, conseqüentemente, ampliar o poder de influência da sociedade civil na tomada de decisões governamentais em matéria ambiental.

O discurso judicial sobre a participação popular na tutela do meio ambiente ainda está em um processo de evolução conforme se infere dos julgados dos tribunais superiores, especialmente do STF, com essas instâncias judiciais ainda restritas a “dizer o direito” contido em regras formais, sem explorar as possibilidades hermenêuticas que o princípio democrático oferece para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

## Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Direito ambiental: reflexões sobre seu sentido e aplicação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, n. 19, jul./set. 2000.
- BACHOFF, Otto; WOLFF, Hans J.; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*. Tradução de Antonio F. Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1.
- BIANCHI, Patrícia. *Eficácia das normas ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 set. 1981.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei n. 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente, sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jun. 1990.
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução n. 237 de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 1997.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 jul. 2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 23.800/MS. Relator: Ministro Maurício Correia. DJ, 14 nov. 2002. *Diário da Justiça*, 7 fev. 2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24.665/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Relator para acórdão: Ministro César Peluso. DJ, 1º dez. 2004. *Diário da Justiça*, 6 out. 2006.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução n. 408, de 14 de abril de 2009. Inclui a queima controlada de palha de cana-de-açúcar como atividade poluidora sujeita a prévio Estudo de Impacto Ambiental, por força da ordem judicial liminar proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Subseção Federal de Umuarama, no Estado do Paraná, no Processo n. 2009.70.04.000528-2. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa de Informações Básicas Municipais: perfil dos Municípios Brasileiros 2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 25.284/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. DJ, 17 jun. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 ago. 2010b.

\_\_\_\_\_. Lei complementar n. 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental à ação direta de inconstitucionalidade n. 4.218/DF. Relator: Ministro Luiz Fuz. DJ, 13 dez. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 fev. 2013.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 4.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Igor Ferraz da; BURSZTYN, Marcel; MOURA, Adriana Maria Magalhães de. Conhecimentos técnicos, políticas públicas e participação: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 20, n. 42, jun. 2012.

FONTENELLE, Miriam. Política Nacional do Meio Ambiente. In: FONTENELLE, Miriam (Coord.). *Temas de direito ambiental*. Campos dos Goytacazes, RJ: FDC, 2006.

GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito ambiental pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2008a.

\_\_\_\_\_. Por uma dogmática pós-moderna. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. Salvador, n. 16, jan./jul. 2008b.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Articulação e negociação institucional na efetividade das políticas ambientais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43 n. 172 out./dez. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. O Estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica. *Seqüência*, Florianópolis, n. 60, p. 291-318, jul. 2010.

LOSEKANN, Cristiana. Participação da sociedade civil na política ambiental do Governo Lula. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 15, n. 1, jan./abr. 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- \_\_\_\_\_. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. 2. ed. Madrid: Trivium, 1998.
- MILARÉ, Êdis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 2, ano 1, abr./jun. 1996.
- MONTESQUIEU, Charles du Secondat de. *O Espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- OLIVEIRA, Thiago Pires. *A legitimidade democrática do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) para a criação do direito ambiental*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2012.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2000.
- SABSAY, Daniel Alberto. La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 22, ano 6, abr./jun. 2001.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; NARDY, Afrânio; WOLD, Chris. *Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVEIRA, Jacqueline Passos da. Conselhos Gestores: participação popular ou legitimação do Poder Público? In: MACEDO, Miguel; PRAZERES, Maria Alice Boga (Org.). *Democracia, transparência e desenvolvimento sustentável*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2007.
- VIANNA, Marcelo Ribeiro. *Formulação de políticas ambientais e participação social: o papel das ONGs ambientalistas no Conama*. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.





# Igualdade, não discriminação e direitos humanos

São legítimos os tratamentos diferenciados?

FERNANDA FRIZZO BRAGATO  
BIANKA ADAMATTI

## Sumário

1. Introdução. 2. A não discriminação na normativa interna e internacional: discriminação direta e indireta. 3. Raízes da discriminação e formação dos grupos vulneráveis. 4. Dimensões do tratamento igualitário: perspectiva antidiferenciação (igualdade formal) e perspectiva antissubordinação (igualdade substancial). 5. Conclusões.

## 1. Introdução

Fernanda Frizzo Bragato é graduada em Direito – UFRGS, mestre e doutora em Direito – Unisinos, pós-doutora no Birkbeck College da Universidade de Londres, professora da UNISINOS e coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos.

Bianka Adamatti é graduanda em Direito pela UNISINOS, bolsista de Iniciação Científica (CNPq), estagiária voluntária na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Ao introduzir a preocupação com a não discriminação, o Direito Internacional dos Direitos Humanos abandonou a postura de neutralidade quanto à condição social, econômica, política e cultural dos seres humanos, para admitir que certos indivíduos e grupos encontram-se em situação de vulnerabilidade e desigualdade que reclama uma profunda revisão de conceitos jurídicos tradicionais atualmente insustentáveis.

Neste sentido, o presente artigo discute a não discriminação como marco conceitual que exige a compreensão da ideia de igualdade para além da dimensão formal do igual tratamento de todos perante a lei. A não discriminação encontra-se amplamente reconhecida na normativa internacional como uma premissa de igualdade, resultando na legitimidade de tratamentos diferenciados.

Assim, objetiva-se verificar de que forma se articulam os princípios da igualdade e da não discriminação como instrumentos de concretização dos direitos humanos, discutindo-se em que medida tratamentos diferenciados podem ser legítimos e tratamentos aparentemente igualitários

podem ser ilegítimos. Essa reflexão parte do pressuposto de que a igualdade é uma ideia incompleta se considerada do ponto de vista meramente formal. Compreender o que seja um tratamento igualitário em face da não discriminação requer o reconhecimento da dinâmica das relações de poder, que produzem a opressão e a dominação de grupos e de indivíduos historicamente em desvantagem. Assim, promover a igualdade no acesso a direitos humanos – que são aqueles básicos e necessários para uma vida digna – passa pelo tratamento diferenciado, que só se justifica diante da consideração crítica dos fatores que desigualam e colocam indivíduos e grupos em situações de vantagem ou desvantagem na sociedade.

Situações históricas de desvantagem de certos indivíduos e grupos podem ser tanto fruto da discriminação como também e, ao mesmo tempo, fatos geradores de tratamentos discriminatórios. O racismo, por exemplo, colocou em situação de vulnerabilidade pessoas de cor negra que, por sua vez, sofrem preconceito e discriminação por serem negros. A discriminação, além disso, pode ser direta ou indireta, o que impõe formas diversas de se lidar com o problema do acesso igualitário a direitos e de fazer-se observar o princípio da não discriminação. Não discriminar passa não somente pela proibição da respectiva ação de discriminar, como no caso das lutas antiapartheid, mas também pela promoção de ações que compensem as desvantagens históricas desses grupos no acesso a bens, como é o caso das ações afirmativas.

Para discutir esses problemas, o texto divide-se em três partes. Na primeira, a não discriminação na normativa interna e internacional será analisada a partir da distinção conceitual entre discriminação direta e indireta, considerando a discriminação tanto pelo propósito com que a ação é praticada como pelo efeito que gera. Na segunda, ao tratar do princípio da igualdade associado ao da não discriminação revela importante, como dado essencial, a existência de certos indivíduos ou grupos vulneráveis, aos quais se obstaculiza a possibilidade de acesso igualitário aos bens necessários a uma vida digna, fato que expõe as falhas da compreensão do princípio da igualdade associado à dimensão meramente formal. Na última parte, o diálogo se pauta pelas dimensões do tratamento igualitário em suas perspectivas de antidiferenciação (igualdade formal) e antissubordinação (igualdade substancial) e suas influências para um tratamento antidiscriminação, culminando em uma leitura mais afinada ao significado contemporâneo dos direitos humanos.

## **2. A não discriminação na normativa interna e internacional: discriminação direta e indireta**

A ideia de igualdade não é uma preocupação recente no Direito. Esteve, desde a construção da democracia grega, no centro das discussões

sobre justiça entendida como a expressão da igualdade. Segundo Aristóteles,

“A igualdade pressupõe no mínimo dois elementos; o justo, então, deve ser um meio termo, igual e relativo (por exemplo, justo para certas pessoas), e na qualidade de meio termo, ele deve estar entre dois extremos (respectivamente, menor e maior); na qualidade de igual, ele pressupõe duas participações iguais; na qualidade de justo ele o é para certas pessoas. O justo, portanto, pressupõe no mínimo quatro elementos, pois as pessoas para as quais ele é de fato justo são duas, e as coisas nas quais ele se manifesta – os objetos distribuídos – são também duas. E a mesma igualdade existirá entre as pessoas e as coisas envolvidas, pois da mesma forma que as últimas – as coisas envolvidas – são relacionadas entre si, as primeiras também o são; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais)” (ARISTÓTELES, 2001).

O que é recente – ou melhor, moderno – é a concepção liberal de igualdade, concebida para combater os privilégios por motivo de origem de nascimento que sustentavam o absolutismo político da primeira modernidade europeia. Embora não se tenha notícia de alguma sociedade pré-moderna que operasse sob o princípio da igualdade baseada na dignidade inerente a todo ser humano, mas, em geral, se tratasse de sociedades ordenadas em formas hierárquicas, com direitos e deveres atribuídos de acordo com o *status* social dos indivíduos e grupos, a concepção de igualdade da modernidade liberal, por sua vez, não se mostrou capaz de ir além de sua feição formal. O conceito de igualdade que triunfou no Direito moderno ocidental foi o de idêntico tratamento da lei a todos. Embora seja uma concepção essencial para refutar discriminações injustificadas perante a

lei, que se estabelecem a partir de privilégios, é também insuficiente, pois restringe a igualdade ao formalismo, ao não só ignorar a desigualdade histórica das pessoas, mas pressupor uma igualdade inexistente entre elas.

Com a afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos na segunda metade do século XX baseado no princípio da mesma dignidade dos seres humanos, que reconhece e celebra a diversidade de cada ser humano, a igualdade e a não discriminação tornaram-se seus elementos fundamentais<sup>1</sup>. O princípio da mesma dignidade de todos os seres humanos não significa pressupor que se esteja diante de um grupo de seres humanos homogêneos e idênticos entre si, como parece supor a ideologia liberal, mas, ao contrário, a existência concreta de seres humanos diferentes entre si, cujas diferenças, ao invés de inferiorizá-los, devem ser reconhecidas e valorizadas.<sup>2</sup>

Por essa razão, o respeito aos direitos humanos implica, como corolário do igual tratamento das leis, a proibição da discriminação como uma ação ou omissão que decorre justamente da existência dessas diferenças. Segundo Rios (2008, p. 21), a discriminação implica a violação do princípio isonômico de formas variadas. Porém, no conceito jurídico de discriminação não se enquadram as hipóteses de diferenciação le-

<sup>1</sup> De acordo com o Comentário Geral 18, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seu parágrafo 1, “*Non-discrimination, together with equality before the law and equal protection of the law without any discrimination, constitute a basic and general principle relating to the protection of human rights.*” (A não discriminação, juntamente com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei, sem qualquer tipo de discriminação, constitui um princípio básico e geral relativo à proteção dos direitos humanos) (UN, 1989, tradução nossa).

<sup>2</sup> Mesmo com a existência de centenas de tratados multilaterais visando à proteção dos direitos humanos, ainda há a insuficiência do alcance desses tratados a nível internacional. As normas internacionais de proteção aos direitos humanos não acompanham o devido funcionamento dos mecanismos procedimentais e institucionais de aplicação (MACHADO, 2006, p. 365).

gítima, decorrentes da elaboração e aplicação de normas jurídicas em face de situações desiguais.

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, existem quatro tratados de direitos humanos que contêm definições explícitas da discriminação (BAYERSKI, 1990, p. 8). A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial estabelece:

“Nesta Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública” (BRASIL, 1969).

O conceito é similar na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher:

“Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”<sup>3</sup>

A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, relativa à

<sup>3</sup> Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Esclareça-se que na versão original do documento, a expressão que corresponde ao vocábulo “objeto” da tradução oficial brasileira é “purpose”, cuja tradução mais correta é “propósito”. (BRASIL, 2002).

Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação foi o primeiro documento internacional a conceituar discriminação e estabelece:

“Para os fins da presente convenção o termo ‘discriminação’ compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão” (BRASIL, 1968).

A Convenção da UNESCO relativa à luta contra as Discriminações no campo do Ensino, de 1960, ainda estabelece:

“Para efeitos da presente Convenção, entende-se por discriminação toda a distinção, exclusão, limitação ou preferência que, com fundamento na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou de nascimento, tenha a finalidade ou efeito de destruir ou alterar a igualdade de tratamento no domínio de educação” (UNESCO, 1960).

Nenhuma das convenções citadas exige o propósito ou intenção como requisito essencial para a configuração da discriminação, sendo que a Convenção nº 111, da OIT, sequer a menciona, conceituando discriminação com referência apenas aos efeitos.

Adicionalmente, o Comentário Geral nº 18 sobre a não discriminação, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, também menciona as definições de discriminação constantes das Convenções contra a discriminação racial e referente à mulher, com o fim de esclarecer as obrigações dos Estados parte em relação a inúmeros artigos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que determina igualdade perante a lei e igual proteção da lei a despeito de inúmeros fatores:

“Embora essas convenções lidem apenas com casos de discriminação por motivos específicos, o Comitê considera que o termo ‘discriminação’ como usado no Pacto [Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos] deve ser entendido como implicando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em qualquer motivo, designadamente, raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, e que tem por propósito ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício por todas as pessoas, em pé de igualdade, de todos os direitos e liberdades.”<sup>4</sup>

Outros marcos legais de proteção do direito à igualdade e à não discriminação, além dos definidos anteriormente, podem ser encontrados em outros documentos legais do sistema global de proteção de direitos humanos da ONU e no do sistema interamericano de direitos humanos, embora neles não se encontre o conceito de discriminação. Como exemplos, citam-se o Artigo 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os artigos 2º, 24 e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 2 (2) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o artigo 2º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, o artigo 7º da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias e o artigo 5º da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. No sistema interamericano, constam no artigo 2º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e nos artigos 1º, 22 (8) e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, tratados sobre direitos humanos que permitem que os Estados suspendam direitos mediante sua derrogação em caso de emergência nacional incluem o requisito de não discriminação nas disposições pertinentes. É o caso, por exemplo, do art. 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A União Europeia prevê a igualdade no Título III de sua Carta de Direitos Fundamentais, o art. 22º exalta a diversidade cultural, religiosa e linguística; o art. 23º prevê a igualdade de gênero; há também a proteção dos direitos das crianças, idosos e das pessoas com deficiência (MACHADO, 2010, p. 265).

Portanto, a proibição da discriminação implica uma distinção de qualquer tipo (exclusão, preferência, limitação ou restrição) entre pessoas ou grupos que se encontram em situações similares, a menos que exista uma

---

<sup>4</sup> While these conventions deal only with cases of discrimination on specific grounds, the Committee believes that the term “discrimination” as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms (UN, 1989).

justificação objetiva e razoável e o grau da distinção seja proporcional ao objetivo (SHELTON, 2008, p. 22).

Ainda com base na estrutura do conceito de discriminação e na sua consequente proibição, é possível distinguir entre duas modalidades de discriminação: a direta e a indireta<sup>5</sup>. As duas modalidades de discriminação podem ser diretamente inferidas dos termos do seu conceito jurídico, partindo-se das expressões “propósito” e “efeito”. Como explica Rios (2008, p. 21), a discriminação é qualificada seja pelo propósito com que a ação é praticada, seja pelo efeito que gera. Ela alcança não apenas práticas intencionais e conscientes (que é o caso da discriminação direta), mas realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras, mas efetivamente discriminatórias (que é o caso da discriminação indireta)<sup>6</sup>. No último caso, medidas (leis, políticas públicas etc) aparentemente neutras e não direcionadas a nenhum grupo específico acabam por reforçar as situações de vantagem e desvantagem já existentes na sociedade e que são ligadas a diversos fatores, como raça e sexo, por exemplo<sup>7</sup>.

A discriminação direta ocorre quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundadas em qualquer forma de diferenciação proibida (raça, cor, sexo etc), *tem o propósito* de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou qualquer campo da vida pública. O seu elemento distintivo, portanto, é a intencionalidade, que se configura quando há um tratamento desigual, menos favorável, endereçado a indivíduo ou grupo, motivado

---

<sup>5</sup> A distinção pode ser encontrada em Rios (2008, p. 22), inspirado nas seguintes figuras do direito norteamericano: *disparate treatment* para se referir à discriminação direta e *disparate impact*, para se referir à discriminação indireta.

<sup>6</sup> Boa parte dos registros de discriminação indireta no Brasil são encontradas na Justiça do Trabalho, em razão de afrodescendentes se julgarem discriminados no momento da contratação, ou seja, de alegarem que há diferenciação discriminatória entre candidatos brancos e negros, visto que os recrutadores teriam preferência pelos primeiros. A questão é provar que na contratação houve discriminação, pois o elemento volitivo não está comprovado na atitude do contratador. O preconceito só é demonstrado através de dados estatísticos, em que os desempregados são em sua maioria afrodescendentes (LOPES, 2010).

<sup>7</sup> Segundo Rios (2008, p. 28), a posição não privilegiada de certos grupos, que pode ser, ao mesmo tempo, produto ou causa de ações discriminatórias, pode ser explicada a partir de duas abordagens: 1) teoria do estigma; 2) teorias da desvantagem dos grupos discriminados. De acordo com a primeira, a desvantagem decorre da deterioração da situação de indivíduos e grupos advinda da imposição de estigmas resultantes tanto da ação pública quanto da privada. O estigma constitui um dano, pois fere o princípio da igualdade ao induzir mau tratamento de grupos que são tradicionalmente percebidos como inferiores ou não participantes da sociedade. Já em relação à teoria da desvantagem, parte-se do pressuposto de que os grupos discriminados estão expostos à situação de privação socioeconômica e uma participação débil no acesso aos bens sociais. Essa situação não decorre de inaptidão pessoal ou ausência de mérito, mas de práticas e instituições sociais que criam, reproduzem e perpetuam desigualdades materiais.



por um critério de diferenciação juridicamente proibido (RIOS, 2008, p. 89)<sup>8</sup>.

Cite-se, como exemplo, o caso *Lustig-Prean e Beckett versus Reino Unido* julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, onde esta considerou que a demissão dos denunciante das Forças Armadas Britânicas por motivo de orientação sexual (ambos eram homossexuais) constituiu uma interferência no direito à vida privada. Isso porque tal interferência justificaria-se apenas se as condições do parágrafo 2º do art. 8º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos fossem satisfeitas, ou seja, se a interferência fosse “de acordo com a lei” e motivada por um objetivo legítimo e “necessário numa sociedade democrática”, considerando como tal a sociedade dotada de expressões de pluralismo, tolerância e abertura mental (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1999).

A discriminação direta constitui, portanto, o oposto de privilégio, que é um tratamento diferenciado com o propósito de beneficiar ou potencializar o gozo de direitos para a indivíduos ou grupos que se já se encontram em situação de vantagem, ou seja, para grupos e indivíduos de parcelas dominantes da sociedade. Exemplo disso é a chamada Lei do Boi (Lei nº 5.465, de 3 de julho de 1968, atualmente revogada pela Lei nº 7.423, de 17 de dezembro de 1985), que, em seu artigo 1º<sup>9</sup>, estabelecia vagas em cursos públicos federais brasileiros voltados para as ciências agrícolas para agricultores ou seus

filhos, independentemente da situação socioeconômica destes.

Todavia, há leis ou medidas que, embora criem distinções, ao restringir o exercício de direitos baseada em critérios *a priori* proibidos, são legítimas. Shelton (2008) menciona que talvez nenhum dos direitos humanos esteja realmente garantido em plena igualdade de condições a todos os seres humanos em todo momento. Trata-se de uma afirmação um pouco exagerada, considerando-se ao menos o direito de não ser escravizado e de não ser torturado, os quais não admitem exceções legítimas, mas o fato é que muitos direitos as admitem. Nesse sentido, a autora refere que o fator idade é restritivo para o direito a contrair matrimônio e o direito ao voto; o acesso à justiça está restrito por normas processuais, incluídas as de prescrição; e a garantia dos direitos políticos costuma estar limitada aos cidadãos (SHELTON, 2008, p. 1). Nesse caso, é preciso atentar para o fato de que o conceito de discriminação exige, para sua configuração, que a ação tenha por propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais. Quando não se verifica esse *télos*, em princípio a distinção é legítima, porém não é uma tarefa fácil distinguir entre tratamentos diferenciados legítimos e discriminações condenáveis. Segundo Bayefski (1990, p. 12), uma distinção não discriminatória deve: “(a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla”.

Porém, a discriminação não se dá somente pela via direta. A discriminação indireta tem lugar onde uma lei, decisões ou práticas, aparentemente neutras, têm um impacto desigual sobre um grupo específico, causando ou

<sup>8</sup>No direito brasileiro, a discriminação direta é expressamente proibida nos artigos 3º, 5º, XLII, 7º, XXX e XXXI, 227, *caput* da Constituição de 1988, e na Lei nº 7.716/89.

<sup>9</sup>“Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, de 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio” (BRASIL, 1968).

reforçando a discriminação da parte afetada. Mesmo que formalmente exista um tratamento equitativo e a proibição de discriminação direta, alguns grupos populacionais podem ficar à margem de outros, tendo em vista a relação de desvantagem em que vivem<sup>10</sup>. Para sua configuração, é prescindível a existência da intencionalidade, ao menos em sua forma explícita. Assim, o enunciado do conceito de discriminação indireta será o mesmo do de discriminação direta, substituindo-se apenas a expressão “tem o propósito” por “tem o efeito” (RIOS, 2008, p. 117).

Trata-se do caso em que um empregador emprega dois trabalhadores, sendo um deles deficiente físico e usuário de cadeira de rodas e o outro não. A porta de entrada do local de trabalho situa-se ao final de um lance de escadas. Mantê-la não intencionalmente nessas condições, oferecendo, portanto, o mesmo tratamento para os dois contratados, implica tratamento discriminatório indireto contra o usuário de cadeiras de rodas, de modo que um tratamento igualitário entre ambos os contratados só ocorreria se o empregador instalasse uma rampa de acesso.<sup>11</sup>

Outro exemplo de discriminação indireta ocorre na França, cuja polêmica lei do véu, aprovada em 2011, que proíbe o uso de véus que cubram o rosto em locais públicos, embora

pretensamente neutra e de aplicação geral, afeta diretamente mulheres que professam a religião muçulmana, já que são elas as principais usuárias desse tipo de acessório.

Em ambos os casos, está-se diante de grupos vulneráveis, ou seja, não dominantes nas sociedades em que vivem e, por isso, atingidos, a despeito das mencionadas leis, com o acesso precário a bens e serviços.<sup>12</sup>

O fundamento da proibição da discriminação indireta insere-se, portanto, em um debate mais amplo que remete à compreensão da realidade social, política, histórica, cultural e econômica de determinada sociedade. Isso porque medidas, ações e leis que têm como efeito a discriminação indireta, via de regra, seguem o princípio da igualdade formal, que determina que a lei trate a todos de forma igual. Porém, desconsideram que, ao fazê-lo, atuam para reforçar situações condenáveis, mesmo que não intencionais, de desigualdade e de preconceito que resultam na privação de direitos a indivíduos e grupos que não fazem parte da parcela dominante da sociedade.

### 3. Raízes da discriminação e formação dos grupos vulneráveis

Ao tratar do tema da igualdade ligado ao da não discriminação, é preciso partir de uma constatação inicial: a existência de grupos vulneráveis (ou vulnerabilizados<sup>13</sup>) em uma dada sociedade. Este é um dado essencial, pois expõe

---

<sup>10</sup> “Não há sensibilidade diante da falta de acesso, de modo majoritário, da população negra aos direitos sociais mais elementares como educação, habitação e saúde. Tratando-se da participação política, os quadros dos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário compõem-se exclusivamente de brancos, salvas raras exceções que confirmam a regra. Muitos bancos, comércios, linhas aéreas, universidades e estabelecimentos públicos e privados de todo o tipo contratam apenas pessoas de raça branca, que por vezes são responsáveis pelas piores prestações de serviço à maioria da população negra.” (MOORE, 2007, p. 23)

<sup>11</sup> Segundo o CENSO 2010, o Brasil possui cerca de 24% das pessoas entrevistadas, que declararam possuir alguma deficiência, sendo ela física, mental, motora ou auditiva. (IBGE, 2012).

---

<sup>12</sup> É assegurado o direito à igualdade perante a lei, independente de sua origem racial ou étnica. Vedam-se as discriminações diretas ou indiretas oriundas da origem étnica ou racial, ou ainda aquelas que dizem respeito a nacionais de países estrangeiros. A diretiva conceitua discriminação e prevê ações positivas para minimizar qualquer diferença oriunda de origem racial ou étnica (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2000).

<sup>13</sup> A menção à expressão “vulnerabilizado” pretende destacar que os indivíduos ou grupos em desvantagem não se encontram nessa condição por uma questão natural,

as falhas da compreensão do princípio da igualdade associado à dimensão meramente formal.

A vulnerabilidade define-se pela falta ou debilidade de poder econômico, cultural e/ou político de certos indivíduos ou grupos que obstaculiza a possibilidade de acesso igualitário aos bens e serviços necessários a uma vida digna. Portanto, constituem-se como a contraface necessária para a existência dos grupos dominantes, caracterizados por sua adequação aos padrões de excelência social e historicamente construídos e, portanto, por sua situação de empoderamento.

Quando a modernidade europeia assentou o fundamento da dignidade na racionalidade humana e construiu o conceito de raça e racismo<sup>14</sup>, produziu-se, historicamente, a construção de um padrão de humanidade encarnado na figura do indivíduo masculino, branco, proprietário, ocidental, heterossexual e cristão. Como padrão unitário, superior e cientificamente orientado de comportamento, a racionalidade tornou-se um atributo culturalmente centrado (ou etnocêntrico) e, portanto, ausente em diversos exemplares da espécie humana, como é o caso das mulheres, dos estrangeiros, dos colonizados, dos negros, dos deficientes e assim por diante (BRAGATO, 2012, p. 131).

Como observa Fredman (2011, p. 5):

“Contudo, mesmo assim a promessa de igualdade era ambígua e exclusiva. De fato, um olhar sobre o quadro jurídico nos séculos seguintes a Locke revela uma paisagem marcada por desigualdades. Numerosos grupos, incluindo as mulheres, os escravos, as minorias religiosas, *black people*, ciganos, e as classes não proprietárias foram excluídos da promessa da igualdade liberal. A exclusão foi alcançada pelo argumento aparentemente lógico de que os direitos básicos à liberdade e à igualdade apenas pertencem aos indivíduos em virtude de sua racionalidade. O conceito de racionalidade poderia, então, ser facilmente manipulado de modo exclusivo. As mulheres, escravos e outros foram caracterizados como irracionais e emocionais e, portanto, não admitidos à igualdade de direitos devida aos seres racionais. Assim, o princípio da igualdade recém-ascendente coexistiu com relações contínuas e não contestadas de dominação. A escravidão não foi proibida, o colonialismo floresceu e às mulheres foram negados direitos básicos. Locke não viu nenhuma inconsistência entre a sua proclamação da igualdade e sua descrição da

---

intrínseca ou inexorável, mas em razão de um processo histórico que leva à sua subjugação por meio da confluência de diferentes fatores.

<sup>14</sup> A “ciência das raças”, nos séculos XVIII e XIX, estabeleceu, através de estudos empíricos, o padrão ideal de homem e defendia, através da demonstração da existência de raças distintas, a supremacia do homem branco, por conter traços biológicos que atestariam sua maior capacidade intelectual. O racismo científico representava a ideologia que exaltava a superioridade cultural da raça branca, ligando a barbárie e selvageria a todas as outras raças supostamente inferiores (WIEVIORKA, 1998, p. 29-30).

família como ‘um mestre... com todas essas relações de subordinação da mulher, crianças, servos e escravos’<sup>15</sup>.

Ao processo de vulnerabilização de diversos indivíduos e grupos humanos subjaz um discurso de desumanização ou de relativização da humanidade. Assim que negros, índios, mulheres, homossexuais, não cristãos e outros experimentam muito mais obstáculos no acesso a seus direitos humanos que indivíduos e grupos que se adequam aos padrões dominantes. Isso porque “o que determinou a sua inferioridade foi um discurso de gradação e hierarquização da humanidade, que sobrevive até hoje. Ou seja, para justificar que alguns não tinham direitos, antes foi necessário afirmar que eles não eram seres humanos integrais” (BRAGATO, 2012, p. 135).

Os motivos proibitivos da discriminação – seja direta ou indireta – encontram-se expressamente consignados na normativa internacional e têm relação direta com os fatores que servem para definir a pertença de um indivíduo ou grupo ao padrão dominante. O artigo 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, consigna assim:

---

<sup>15</sup> Yet even then the promise of equality was ambiguous and exclusive. Indeed, a glance at the legal framework in the centuries following Locke reveals a landscape pockmarked with inequalities. Numerous groups, including women, slaves, religious minorities, black people, gypsies, and the unproprietied classes were excluded from the promise of the liberal equality. Exclusion was achieved by the apparently logical argument that the basic rights to liberty and equality only inhered in individuals by virtue of their rationality. The concept of rationality could then be easily manipulated in an exclusive way. Women, slaves, and others were characterized as irrational and emotional and therefore not entitled to equal rights due to rational beings. Thus the newly ascendant equality principle coexisted with continued and unchallenged relations of domination. Slavery was not outlawed; colonialism flourished and women denied basic rights. Locke himself saw no inconsistency between his loft proclamation of equality and his description of the family as “a Master ... with all these subordinate relations of wife, children, servants and slaves” (FREDMAN, 2011).

raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento e qualquer outra situação. Os mesmos motivos que ensejam proibição de tratamento discriminatório estão incluídos no artigo 2º do PIDESC, no art. 26 do PIDCP e no art. 1, 1 da CADH.

É importante notar que as razões enumeradas nessas disposições são meramente ilustrativas e não exaustivas. De modo que a expressão “outra situação” remete a um significado em aberto, contemplando alguns motivos não mencionados explicitamente, como idade, gênero, deficiência, nacionalidade e orientação sexual, que também podem ser considerados fundamentos proibidos (SHELTON, 2008, p. 5). Nessa linha, estudo recente em matéria de discriminação do Conselho de Direitos Humanos da ONU<sup>16</sup> estabeleceu que determinados grupos encontram-se em situação de subproteção: grupos religiosos, refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, trabalhadores migrantes, pessoas deslocadas dentro do país, comunidades baseadas na ascendência, povos indígenas, minorias e pessoas submetidas à ocupação estrangeira (SHELTON, 2008, p. 24).

A realidade dos grupos vulneráveis no Brasil reforça a noção de que determinadas categorias de pessoas encontram-se em situação de maior vulnerabilidade a justificar tratamentos diferenciados no sentido de potencializar o seu acesso aos direitos humanos.

O mais recente relatório do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU<sup>17</sup>, emitido em 2009, para analisar a situ-

---

<sup>16</sup> Ver *Complementary International Standards: Report on the study by the five experts on the content and scope of substantive gaps in the existing international instruments to combat racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, A/HRC/4/WG.3/6, 27 agosto de 2007, parágrafo 20 (UNHRC, 2008).

<sup>17</sup> Relatórios são mecanismos de supervisão de direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos,

ação do Brasil diante da obrigação assumida de respeitar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>18</sup>, refere inúmeros motivos de preocupação. Dentre esses, destaca-se a menção à existência de “persistentes desigualdades nas condições econômicas e injustiça social vigente no Estado Parte entre as diferentes regiões, comunidades e indivíduos”, complementado com a constatação de que há “discrepância significativa entre a expectativa de vida de populações brancas e negras, apesar do aumento da esperança média de vida de 65,6 anos, no início de 1990, para 71,6 anos em 2004”, além de “diferença significativa entre os níveis de pobreza da população branca e negra”. O relatório salienta, ainda, a diferença entre as taxas de alfabetização, que são desiguais entre a população branca e negra, e a “persistência de disparidades raciais no acesso ao emprego”, que afeta particularmente os afrobrasileiros e os indígenas. Sobre a situação das pessoas com incapacidade, o Relatório aponta que essas pessoas continuam a enfrentar discriminação no acesso ao emprego (NU, 2012).

Os dados apontados no Relatório de 2009 são corroborados pelo último Censo Demográfico do IBGE de 2010 (IBGE, 2012). De acordo com o IBGE, a população brasileira é de 190.755.799 pessoas. Considerando o critério raça/cor, os números são os seguintes: Brancos: 90.621.281 (47,5%); Pardos: 82.820.452 (43,41%); Pretos: 14.351.162 (7,5%); Amarelos: 2.105.353 (1,1%); Indígenas: 821.501 (0,4%);

---

Sociais e Culturais que constam em seus art. 16 e 17. Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

<sup>18</sup> Artigo 2º, 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas (BRASIL, 1992).

Sem declaração: 36.051. Ou seja, a população afrodescendente é a maioria da população brasileira, atingindo o percentual de 50,91%.

O Censo Demográfico detalha diversos dados sociais e econômicos, apontando a quantidade de pessoas classificadas pelo critério raça/cor. Em relação ao número de brasileiros sem instrução e ensino fundamental incompleto, o número totaliza 65.043.145 pessoas. Destes, 26.392.262 são brancos, 6.204.534 são pretos, 31.424.616 são pardos, 641.559 são amarelos, 350.064 são indígenas e 30.111 são compostos das pessoas sem declaração. Os afrodescendentes (pretos e pardos) representam 57,33% dos brasileiros nessa condição, sendo que, dentre a população afrodescendente, 38,7% não têm instrução ou têm ensino fundamental incompleto, contra 29% de indivíduos da população branca. A proporção de brancos e afrodescendentes brasileiros com ensino superior completo, no entanto, inverte-se de forma alarmante. São 13.463.757 brasileiros nesta situação, sendo 9.871.362 brancos, 507.583 pretos, 2.802.456 pardos, 265.372 amarelos, 16.918 indígenas e 66 sem declaração. Portanto, 73,3% dos brasileiros com ensino superior completo são brancos e 33,5% são afrodescendentes. A mesma discrepância observa-se na composição das formas de ocupação e renda. Segundo o IBGE, há 1.703.130 de empregadores no Brasil, sendo 1.292.369 brancos contra apenas 326.644 pardos e 42.961 pretos. Isso representa uma proporção de 75,8% de empregadores da cor branca. Se observarmos os números de empregados sem carteira de trabalho assinada, os números mostram que, nessa situação desfavorável, encontra-se um total de 17.418.119 brasileiros, dos quais 7.048.966 (40,46%) são brancos e 10.119.896 (58%) são afrodescendentes. No que se refere a rendimentos mensais, o IBGE aponta diferentes faixas. Verifica-se que dentre aqueles que auferem entre 1/4 de um salário

mínimo até 1 salário mínimo, há 44.493.993 brasileiros; destes a maioria também é composta por afrodescendentes (59,6%) e por 38,9% de brancos. À medida que os rendimentos aumentam, aumenta o número de brasileiros brancos nessas faixas. Em relação à faixa de rendimento mensal de mais de 30 salários mínimos, por exemplo, existem 270.451 brasileiros, sendo 227.808 (84,2%) brancos contra 4.437 (0,8%) pretos e 32.666 (12%) pardos.

Os números revelam o desequilíbrio na forma como diferentes grupos – apesar de serem todos inequivocamente cidadãos brasileiros – acessam bens e serviços que configuram condições materiais essenciais para o gozo dos direitos humanos e apontam para o fato de que esse desajuste está ligado justamente àqueles fatores que geram tratamento discriminatório, como sexo, raça, cor e condição física e/ou mental.

É de notar, ainda, que o fato de o Brasil ostentar a 7ª posição dentre as maiores economias do mundo, em razão de seu Produto Interno Bruto (PIB)<sup>19</sup>, mas em contrapartida a 84ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)(PNUD, 2011, p. 143) e 45ª posição em termos de PIB *per capita*<sup>20</sup>, demonstra que a vulnerabilização e a subjugação de certos grupos é condição necessária para a manutenção de uma estrutura que favorece historicamente os grupos dominantes no Brasil.

#### **4. Dimensões do tratamento igualitário: perspectiva antidiferenciação (igualdade formal) e perspectiva antissubordinação (igualdade substancial)**

O reconhecimento explícito do princípio da não discriminação, como mandamento de concretização dos direitos humanos, tem confrontado a compreensão liberal do conceito de igualdade de todos perante a lei. Desse modo, as discussões sobre igualdade substancial têm recebido cada vez mais atenção no debate jurídico contemporâneo. Nesse sentido, Rios (2008, p.32) propõe as perspectivas da antidiferenciação e da antissubordinação como centrais para o chamado direito da antidiscriminação.

Segundo o autor (RIOS, 2008, p. 33), a perspectiva da antidiferenciação reprova tratamentos diferenciados (prejudiciais ou benéficos) em favor de quem quer que seja, considerados os critérios proibidos de discriminação, pois se preocupa com a neutralidade das medidas tomadas por indivíduos e instituições. Essa perspectiva rejeita a validade das

---

<sup>19</sup>“Com um Produto Interno Bruto (PIB) de R\$ 4 trilhões (US\$ 2,223 trilhões) em 2012, o Brasil é a sétima economia do mundo”. (WORLD BANK, 2012).

<sup>20</sup>“O brasileiro ganha, por ano, o equivalente a US\$ 10.710 (contra US\$ 8.615 em 2009). Segundo os últimos dados do Banco Mundial, 44 países têm renda *per capita* superior à do Brasil, entre eles a própria Grã-Bretanha” (SALEK, 2011).



ações afirmativas em favor de certos grupos, considerando-as discriminatórias em relação aos grupos não beneficiados por essas medidas. Trata-se de uma manifestação da igualdade formal, gerando um direito à indiferença. As críticas às ações afirmativas são, portanto, devidas ao fato de contrariarem a noção estritamente formal de igualdade.

A visão formal do princípio da igualdade apresenta dificuldades com o tratamento das diferenças pois é cega à necessidade de medidas específicas, que são sempre vistas como espécie de “direito especial”. Restringe-se apenas aos casos de discriminação direta (intencional) e, portanto, não oferece respostas à discriminação indireta (não intencional) (RIOS, 2008, p. 34-35).

No entanto, conforme Shelton (2008, p. 24), a noção de discriminação evoluiu desde sua percepção como um trato principalmente desfavorável dirigido a um segmento da comunidade até um conceito mais amplo que inclui tanto a diferenciação não intencional e, em épocas mais recentes, o reconhecimento de que a discriminação pode ser indireta, em casos nos quais o trato igual tem efeitos desproporcionalmente adversos para os membros de um grupo em particular.

Mais adequada a essa realidade é a perspectiva da antissubordinação, que reprova tratamentos que criam ou perpetuam situações de desvantagem de certos grupos. Portanto, admite tratamentos diferenciados com base em critérios proibidos de discriminação, desde que esses objetivem combater justamente as situações que geram a discriminação, assim como considera discriminatórios tratamentos neutros que reforcem a subordinação de quem quer que seja. Como consequência, admite ações afirmativas, sempre que forem necessárias e eficazes no combate à situação de desvantagem, não as considerando discriminatórias em face dos grupos privilegiados (RIOS, 2008, p. 36).

A maioria dos tratados e da jurisprudência permite ou exige que a situação de desvantagem de grupos vulneráveis ou desfavorecidos seja o objetivo das medidas de ação afirmativa<sup>21</sup> (SHELTON, 2008, p. 12). Nesse sentido, estabelecem o artigo 4º (1) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher<sup>22</sup> e o artigo 1º (4), da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>23</sup>.

Ao contrário de conceber as medidas específicas para combater a situação de subordinação de certos grupos como privilégios ou direitos especiais, a perspectiva antissubordinação as vê como exigências de igualdade. A omissão diante dessas realidades, sob a aparente igualdade formal de todos, configura ofensa ao princípio da igualdade, pois vislumbra neste um mandamento de igual proteção especialmente aos grupos em desvantagem social, econômica, religiosa, cultural, sexual, racial, etc. A perspectiva da antissubordinação explica a dinâmica do princípio da igualdade preocupada com as

---

<sup>21</sup> O termo “ação afirmativa” consagrou-se através do emprego na *Executive Order* 10925, pelo presidente dos EUA, Kennedy, ao vedar qualquer discriminação na contratação dos funcionários públicos, seja ela baseada na raça, cor, origem, credo. A ação alcançava o âmbito federal e foi melhor abordada pelo sucessor, Lyndon Johnson, quando da edição da *Executive Order* 11246 (SEWELL, 2004, p. 355-368).

<sup>22</sup> A adoção pelos Estados partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados (BRASIL, 2002).

<sup>23</sup> Não serão consideradas discriminações racial as medidas especiais tomadas como o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em consequência pôr que, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos (BRASIL, 1969).



circunstâncias históricas se comparada à perspectiva formal da anti-diferenciação (RIOS, 2008, p. 37).

Desse modo, nem todas as medidas de diferenciação que atingem os grupos vulnerabilizados são discriminatórias, o que só pode ser caracterizado atentando-se para o efeito que produzem. Assim, a perspectiva de antissubordinação não condena a segregação racial porque ela viola o princípio abstrato de mesmo tratamento a todas as raças, mas porque atua no sentido de reforçar a vulnerabilidade de determinados grupos raciais (RIOS, 2008, p. 39).

Nesse sentido é a reflexão de Conolly (2011, p. 11, tradução nossa):

“A igualdade substantiva sugere que a responsabilidade pela discriminação não repousa apenas no sujeito que a comete intencionalmente e pode ser demandado em um Tribunal, mas no grupo dominante como um todo, que é beneficiado com a estruturação da sociedade baseada em questões raciais, de gênero e outras. Isso significa que o grupo dominante deve arcar com os custos da mudança. Isso surge, por exemplo, quando indivíduos brancos inocentes e do sexo masculino perdem para minorias ou mulheres aparentemente menos qualificadas em programas de ações afirmativas no emprego, educação ou habitação. Igualdade substantiva sugere também que o Estado tem um papel. Se ele não faz nada, perpetua a discriminação. Assim, ele tem o dever positivo de intervir.”<sup>24</sup>

Portanto, nem toda distinção ou diferença de tratamento configura discriminação. O princípio da igualdade pode exigir do Estado que adote ações afirmativas, a fim de diminuir ou eliminar as condições que causam ou contribuem para perpetuar a discriminação, mesmo que isso resulte em perdas imediatas para os grupos dominantes historicamente favorecidos. Assim, o referido princípio não requer um tratamento idêntico e permite diferenciações razoáveis entre indivíduos ou grupos de indivíduos fundadas em razões pertinentes e significativas (SHELTON, 2008, p. 11).

Nesse sentido, manifestou-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva nº 4/1984, em seus itens 55 a 57:

“55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que,

---

<sup>24</sup> Substantive equality suggests that responsibility for discrimination rests not just with the wrongdoer in court, but the dominant group as whole which is benefited from society’s structuring on racial, gender and other grounds. This means that the dominant group should bear the cost of the change. It arises for example, when innocent whites and males lose out to apparently lesser-qualified minorities or women in positive action programmes in employment, education or housing. Substantive equality also suggests that the state has a role. If it does nothing it is perpetuating discrimination. Thus it has a positive duty to intervene (CONOLLY, 2011, p. 11).

a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. 56. Sin embargo, [...] no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio. [...] 57. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1984).

Porém, as medidas, ações e leis que criam tratamentos diferenciados visando à reversão dos processos de vulnerabilização de certos grupos oprimidos devem observar certos critérios que lhe dão legitimidade. No Direito Internacional geral, uma violação do princípio da não discriminação surge se:

a) casos iguais são tratados de uma maneira diferente;

b) uma diferença de tratamento não tem uma justificação objetiva e razoável; ou

c) se não houver proporcionalidade entre o objetivo visado e os meios empregados. (BAYERSKY, 1990, p. 33).

Considerando-se portanto que o princípio da não discriminação é incompatível com a leitura formal do princípio da igualdade, pode-se vislumbrar diferentes situações em que tanto tratamentos iguais quanto diferenciados podem ser considerados legítimos e em que, sem considerar fatores sociais, econômicos, culturais e outros, não se pode estabelecer, *a priori*, quando essa condição de legitimidade é alcançada. Nesse sentido, pode-se concluir que há leis, ações e medidas que:

– distinguem por meio de fatores discriminatórios, mas são legítimas, porque não prejudicam o acesso a direitos (por exemplo, restrição ao voto por motivo de idade);

– distinguem com base em fatores discriminatórios, mas com o propósito de potencializar/beneficiar indivíduos e grupos vulneráveis e, por isso, são legítimas (cotas no ensino superior público para população afrodescendente)<sup>25</sup>;

– são aparentemente neutras, pois se aplicam indistintamente a todos, mas têm efeito discriminatório e, portanto, são ilegítimas (Lei do Véu de 2001, na França);

– distinguem com base em fatores proibidos e são ilegítimas, pois reforçam privilégios (a chamada Lei do Boi);

– distinguem com base em fatores proibidos e são ilegítimas, pois reforçam desvantagens (leis de *apartheid* com base em critério racial).

<sup>25</sup> Em notícia publicada no *site* do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, números demonstram o sucesso da implantação do programa de cotas. Na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), cerca de 49% dos cotistas foram aprovados em todas as disciplinas, contra 47% dos que entraram sem a ação positiva (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2014).

## 5. Conclusões

Avaliar a legitimidade dos tratamentos diferenciados sob a lógica da igualdade formal, conceito construído na modernidade ocidental, é inviável por tratar-se de um elemento importante do projeto moderno homogeneizante e excludente que concebeu a sociedade ideal, como sendo aquela onde reinaria a unidade e onde não existiriam diferenças.

Trabalhar com o princípio da igualdade como se a sociedade fosse um corpo homogêneo composto de pessoas iguais tem como resultado a instituição de leis aparentemente neutras que instituem tratamentos idênticos, mas que, finalmente, servem para reforçar desigualdades e vulnerabilidades de determinados grupos e indivíduos que estão efetivamente à margem do gozo de seus direitos humanos.

A compreensão mais geral do Direito deve reconhecer que estamos lidando com sociedades verdadeiramente plurais e desiguais, marcadas pela existência de grupos culturalmente dominantes, de grupos vulneráveis (ou minoritários), de multiculturalismo e de outros fenômenos discutíveis. Essa análise necessita, portanto, considerar uma visão crítica de alguns aspectos do legado moderno, em que o princípio da igualdade formal mostrou-se mais um artefato ideológico de dominação das parcelas historicamente beneficiadas da sociedade do que um mecanismo de justiça.

Não se pode mais pensar em igualdade como um princípio que exige apenas considerações formais. O jurista precisa reconhecer a dinâmica das relações de poder e compreender de que forma o Direito, atento apenas à dimensão formal, reforça a opressão e a dominação de grupos e indivíduos historicamente em desvantagem.

Em face do significado contemporâneo dos direitos humanos, a igualdade requer mesmo respeito e consideração advinda da dignidade, ao contrário da adoção de tratamentos iguais e homogêneos. Conseqüentemente, um resultado isonômico ou igualitário pode, em determinados casos, depender de tratamento diferenciado.

## Referências

BAYEFSKY, Anne F. The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal*, v. 11, n. 1-2, p. 1-34, 1990.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos humanos no segundo pós-guerra: entre as respostas racionalistas da modernidade e o desafio das vulnerabilidades. In: ROCHA, Leonel Severo et al. Constituição sistemas sociais e hermenêutica. *Anuário do PPG em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, 2012. v. 9. p. 125-136.

BRASIL. Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jan. 1968.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 dez. 1969.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 jul. 1992.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 set. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.465, de 3 de julho de 1968. Dispõe sobre o preenchimento de vagas nos estabelecimentos de ensino agrícola. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 jul. 1968.

CONNOLLY, Michael. *Discrimination Law*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2011.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Council Directive 2000/43/EC. *Official Journal*, L 180, p. 22-26, 19 July 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:en:HTML>>. Acesso em: 23 out. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva Oc-4/84 del 19 de enero de 1984*. Costa Rica, 1984. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*. European Court of Human Rights (Third Section) Applications nos. 31417/96 and 32377/96. DJ, 27 set. 1999. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58407>>. Acesso em: 23 out. 2014.

FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010*: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião. *Comunicação Social*, 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2170&view=noticia>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

LOPES, Otávio Brito. Minorias, discriminação no trabalho e ação afirmativa judicial. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 4, out/dez, 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313830/Minorias,%20discrimina%C3%A7%C3%A3o+no+trabalho+e+a%C3%A7%C3%A3o+afirmativa+judicial>>. Acesso em: 23 out. 2014.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós -11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MOORE, Carlos. *Racismo e sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007.

NACIONES UNIDAS. Comité de derechos económicos sociales y culturales. *Pacto examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del pacto*. E/C.12/1/Add.105. Chile, 26 nov. 2004. Disponível em: <<http://acnudh.org/2004/11/comite-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-cescr-chile-2004/>>. Acesso em: 24 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto. *Consejo Económico y Social*, España, Distrito General, 6 jun. 2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório do Desenvolvimento Humano de 2011: sustentabilidade e equidade: um futuro melhor para todos*.

New York: United Nations Publications, 2011. Disponível em <<http://hdr.undp.org/en/content/human-development-report-2011-portuguese-summary>> Acesso em: 24 out. 2014.

\_\_\_\_\_. *Relatório do Desenvolvimento Humano de 2014: sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência*. New York: United Nations Publications, 2014. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2014.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SALEK, Sílvia. Apesar de avanços, Brasil continua em baixa em índices globais. *BBC Brasil*, 28 dez. 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/12/111227\\_brasilrankings\\_ss.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/12/111227_brasilrankings_ss.shtml)>. Acesso em: 22 out. 2014.

SEWELL, Stacy K. The “fashionable” end to discrimination: the development of affirmative action in the Kennedy- Johnson White House. *White House Studies*, v. 4, n. 3, 2004.

SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, n. 4, p. 15-39, 2008. Disponível em: <[www.anuariodh.uchile.cl](http://www.anuariodh.uchile.cl)>. Acesso em: 23 out. 2014.

UNESCO. Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino. In: CONFERÊNCIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA, 11. Paris, 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/98/38/decretolei112.asp?printer=1>>. Acesso em: 23 out. 2014.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General Comment 18*. 1989. Disponível em: <[http://www.bayefsky.com/themes/equality\\_equal-protection\\_general-comments.pdf](http://www.bayefsky.com/themes/equality_equal-protection_general-comments.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2014.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. Complementary international standards compilation of conclusions and recommendations of the study by the five experts. *Ad Hoc Committee*, Geneva, 11-22 feb. 2008. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Racism/AdHoc/CRP4.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2010.

WORLD BANK GROUP. *Brasil: aspectos gerais*. [2012]. Disponível em <<http://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview>>. Acesso em: 06 dez. 2013.

WIEVIORKA, Michel. *El racismo: una introducción*. Tradução de Antonia García Castro. Barcelona: Editora Gedisa, 1998.

# Obrigações internacionais para criminalização do terrorismo e modelos de implementação

Principais opções para o legislador brasileiro

SVEN PETERKE

## Sumário

1. O atual PLS nº 499/2013 e sua justificação. 2. Obrigações internacionais para criminalização do terrorismo. 3. Modelos de implementação. 4. A tipificação do crime de terrorismo pelo PLS nº 499/2013. 5. Considerações finais.

Sven Peterke é professor adjunto no Centro de Ciências Jurídicas na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Jurista diplomado (*Dipl.-iur.*) pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Mestre em Assistência Humanitária Internacional (M.A.) e Doutor *summa cum laude* em Ciências Jurídicas (*Dr. iur.*) pela Ruhr-Universität Bochum, Alemanha. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e em Cidadania, Direitos Humanos e Políticas Públicas da UFPB.

No Brasil, o debate sobre a tipificação do crime do terrorismo não é recente. Com alguma frequência tal debate reaparece, especialmente em reação a determinados atos de violência que se distinguem dos crimes cotidianos por sua dimensão mais coletiva e por gerar incômodo, ou mesmo pânico, em partes da população. Exemplo recente foram as chamadas “ondas de violência” que, em 2006, abalaram o Rio de Janeiro (PETERKE, 2007, p. 230) e São Paulo (MACAULAY, 2007, p. 627). Na época, pessoas armadas atacaram sistematicamente postos policiais e incendiaram ônibus públicos, aparentemente em cumprimento a ordens dadas por facções criminosas. Dezenas de pessoas morreram, muito mais foram feridas.<sup>1</sup> Não foi preciso esperar muito para que fossem ouvidas vozes referindo-se a tais episódios como “atos terroristas”. No que se refere ao caso carioca, até o então Presidente Luiz Inácio da Silva julgou publicamente: “Isso é terrorismo e tem que ser combatido com uma política forte e com uma mão forte do Estado brasileiro” (BOAVENTURA;

<sup>1</sup> Vale salientar: tanto como consequência direta dos atos criminosos, quanto como consequência indireta (no decorrer das campanhas para sua repressão, conduzidas pelas forças de segurança do Estado).

LIMA, 2007, p. 3). Assim, iniciou-se debate sobre um tema complexo e suscetível de exploração populista: a tipificação do crime de terrorismo.

Em 2007, após discussões polêmicas (DANTAS, 2007, p. 19), o legislador entendeu que o atual Direito Penal já garantia punição suficiente aos responsáveis e, enfim, desistiu do projeto de tipificar o crime de terrorismo. Estava ciente do risco de criar um tipo penal cuja função principal seria estigmatizar determinados atos como crimes particularmente hediondos, mas cuja aplicação e interpretação adequada seriam pouco controláveis, sobretudo em razão das enormes dificuldades de definir o que vem exatamente a ser terrorismo. Em especial, temeu-se a aplicação tendenciosa do tipo penal aos movimentos e protestos sociais que, frequentemente, atraem indivíduos dispostos a usar violência e praticar vandalismo, porém sem dispor de perfil verdadeiramente terrorista. Por isso, o legislador brasileiro ponderou que havia mais desvantagens do que vantagens em tipificar o terrorismo.

## 1. O atual PLS nº 499/2013 e sua justificação

No entanto, sempre houve vozes lembrando o fato de que o Brasil aceitou uma série de obrigações internacionais para criminalização do terrorismo, oriundas da ratificação de mais de uma dúzia de convenções sobre a matéria. Alguns duvidaram da implementação integral dessas obrigações pelo legislador em matéria penal. Curiosamente, a não implementação desses acordos internacionais tem sido a justificação principal do atual PLS nº 499/2013 (BRASIL, 2013b, p. 4), que define crimes de terrorismo, além de estabelecer a competência da Justiça Federal para seu processamento e julgamento.

Outra justificativa oficial para o projeto de lei é a pretensão de revogar o artigo 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83). Conforme seus autores, é “constrangedor e irresponsável o fato de que o único tipo penal que expressamente menciona terrorismo remonta ao final do regime militar” e que “padece de vários vícios conceituais, pois utiliza o maleável crime de terrorismo para reprimir opositores, aqui intitulados inconformistas políticos, além de não definir o ato terrorista” (BRASIL, 2013b, p. 5). Parece oportuno acrescentar que a aplicação da referida lei a certos indivíduos detidos no contexto dos protestos sociais em 2013 gerou outras polêmicas e preocupações (PEIXOTO, 2013).<sup>2</sup> Como o Brasil está hospedando cada vez mais eventos internacionais, inclusive os Jogos Olímpicos em 2016, receia-se que a repetição desses episódios e

---

<sup>2</sup>Veja para outros exemplos de aplicação desta lei a manifestações de movimentos sociais: TANGERINO; D'ÁVILA; CARVALHO, 2012, p. 5.



sua repressão estatal têm levado muitas pessoas a temerem a uma volta do Estado autoritário. Por isso, é desejável a revogação da Lei de Segurança Nacional tão logo possível – pelo menos do seu artigo 20.

O que causa irritação, no entanto, é a pressão que alguns membros do atual Congresso Nacional vinham exercendo em tipificar o terrorismo ainda antes da Copa, sem querer esperar o fim do atual debate sobre a reforma do Código Penal, que também considera a necessidade de melhor implementação das obrigações internacionais decorrentes da ratificação das convenções antiterroristas (BRASIL, 2012b). A justificação, embora ausente do PLS 499/2013, parece ser a de que o país estaria mais vulnerável a atentados terroristas durante a realização do evento.

*Prima facie*, trata-se de um argumento forte, pois é preciso reconhecer que tais Copas Mundiais e Jogos Olímpicos reúnem representantes de quase todas as nações, e, dentre elas, não são poucas as que são frequentemente alvo de grupos terroristas. Daí o medo, historicamente justificado,<sup>3</sup> de que determinados grupos queiram aproveitar o palco internacional e a cobrança midiática universal para chamar a atenção às questões de seu interesse. Afinal de contas, terrorismo é uma estratégia de comunicação de grupos que lutam na clandestinidade contra determinado “sistema” ou “ordem” (econômica, política, religiosa etc.). Sendo assim, eles dependem da mídia como “cúmplice involuntário”.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Exemplo são os Jogos Olímpicos de Munique, de 1972, quando membros da organização terrorista BSO (Black September Organization – Setembro Negro) invadiram os dormitórios de atletas israelenses, mataram dois e sequestraram nove (HOFFMANN, 2006, p. 66).

<sup>4</sup> Por isso, códigos de conduta para jornalistas – que, por exemplo, preveem a não realização de entrevistas e a não publicação de determinadas imagens e mensagens – são instrumentos úteis para prevenir e amenizar os efeitos de ataques terroristas.

Em geral, trata-se de grupos pequenos, com poucos recursos à disposição e sem potencial de conduzir uma guerra convencional contra o seu rival, razão pela qual o terrorismo é visto como forma e/ou tática de guerra assimétrica. Mais concretamente, essa estratégia de comunicação consiste basicamente em três elementos (WALDMANN, 2005, p. 34; HIRSCHMANN, 2003, p. 9): 1) o ato de violência ou a ameaça; 2) a finalidade de provocar fortes reações emocionais em dois sentidos: emoções negativas no lado do seu presumível adversário (medo, susto, choque etc.) e emoções positivas no lado dos simpatizantes dos terroristas (satisfação maliciosa, aplauso, consentimento etc); e 3) a pretensão, partindo dessas emoções, de provocar determinadas condutas nos dois grupos-alvos: por um lado, medidas de proteção e repressão por parte da “classe” ou do “regime” atacado, que acabam revelando a imoralidade do seu adversário e afirmando a legitimidade da própria luta (razão pela qual terroristas não se percebem como criminosos, mas como legítimos combatentes); por outro lado, a mobilização dos simpatizantes para aderirem e transformarem o grupo em um movimento maior com o fim de enfrentar abertamente seu inimigo e, finalmente, derrotá-lo ou expulsá-lo.

Portanto, em essência, terrorismo é a provação do poder por violência simbólica, ou seja: terroristas alcançam seu objetivo principal quando o Estado começa a pôr em risco os valores que o constituem, como, por exemplo, pela violação de princípios fundamentais do Estado democrático de direito – em particular, direitos humanos. Ironicamente, essas violações decorrem muitas vezes de leis antiterroristas mal aplicadas ou até feitas para reprimir vozes que, na verdade, fazem legítima resistência.

Chega-se assim ao fundo do desafio de tipificar o crime do terrorismo: embora possa ser caracterizado como violência política ilegítima,

o problema é chegar a um consenso sobre qual violência é exatamente ilegítima (*One man's terrorist is another man's freedom fighter*). Daí a importância de acordos internacionais sobre a matéria que deslegitimam determinadas condutas pela estigmatização como terroristas (GANOR, 2002, p. 288).

Diante desse panorama, colocam-se duas questões interligadas. Primeira: qual é exatamente a natureza e o conteúdo das obrigações internacionais para criminalização do terrorismo? Mais concretamente: de fato é necessária a criação de um ou mais tipos, talvez até com base em determinado conceito jurídico do terrorismo? Segunda: quais as principais opções do legislador brasileiro para responder adequadamente a essas obrigações internacionais, supondo que existam vários modelos para sua implementação? As respostas a essas perguntas também possibilitam algumas reflexões sobre o PLS nº 499/2013.

## 2. Obrigações internacionais para criminalização do terrorismo

Quanto às obrigações internacionais para criminalização do terrorismo, observa-se que existem, só no plano universal, treze convenções antiterroristas em vigor.<sup>5</sup> Com exceção de uma,<sup>6</sup> o Brasil ratificou todas, além de outras três convenções interamericanas da OEA (OAS, 2014), sobre a matéria. No entanto, nenhum desses acordos define, de modo genérico e

obrigatório, o que se entende por terrorismo. Há mais de uma década, os Estados membros da ONU negociam uma Convenção Geral contra o Terrorismo Internacional (UN, 2005) para consolidar esses instrumentos, porém, a falta de consenso sobre a definição do terrorismo impede sua aprovação (SAUL, 2008, p. 189). Portanto, inexistente *de lege lata* obrigação internacional de criar um tipo penal intitulado “terrorismo” conforme determinados critérios genéricos.<sup>7</sup>

O que existe são quase cinquenta obrigações específicas de criminalizar determinadas condutas (O'DONNELL, 2006, p. 855). Elas incluem dez delitos contra a segurança da aviação civil; quatorze contra a segurança da navegação marítima e plataformas fixadas no mar; uma dúzia de delitos contra determinadas pessoas; sete delitos envolvendo o uso, a posse ou a ameaça com bombas ou material nuclear e mais dois delitos concernentes ao financiamento do terrorismo. Como essas convenções antiterroristas não estipulam crimes internacionais (no sentido de serem tipos penais do direito internacional público com efeitos imediatos para indivíduos<sup>8</sup>), cabe aos Estados partes garantirem que tais condutas sejam puníveis de acordo com seu direito interno, em particular para tornar os infratores universalmente sujeitos à perseguição e punição. Enfim, um objetivo importante das convenções internacionais é que nenhum Estado seja “porto seguro” (*safe haven*) para terroristas internacionais. Por isso, eles devem ser

<sup>5</sup>Todas as convenções universais estão disponíveis em: <<http://www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml>>. Acesso em: 14 abr. 2014. A mais recente, a Nova Convenção para Supressão do Terrorismo contra a Aviação Civil, de 2010, (*Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation*) ainda não entrou em vigor.

<sup>6</sup>Trata-se da Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, de 14 de setembro de 2005. O decreto legislativo (nº 267) já foi publicado, em 13 de março de 2009, no DOU.

<sup>7</sup>A existência de uma definição do terrorismo no direito internacional público é controversa (DUFFY, 2005, p. 40). No entanto, ninguém alega a existência de uma obrigação internacional de tipificar o crime do terrorismo em determinado sentido genérico.

<sup>8</sup>As tentativas de estender a jurisdição do Tribunal Penal Internacional a atos terroristas falharam. No entanto, alguns podem se qualificar, sob determinadas condições, como crimes contra a humanidade ou crime de guerra (Cf. WERLE, 2009, p. 30).

julgados ou extraditados, não podendo barrar o respectivo procedimento sob o argumento de se tratar de crime político (*aut dedere aut iudicare*).<sup>9</sup>

Ressalva-se que essas obrigações de criminalizar uma determinada conduta são obrigações de resultado. Em geral, basta assegurar que os citados atos sejam passíveis de punição, com penas apropriadas, que levem em consideração a gravidade dos delitos. Portanto, o legislador não precisa cumprir todas as letras do dispositivo internacional pertinente, nem mesmo criar um tipo penal específico. Pelo contrário, ele está livre no que se refere à escolha das medidas para alcançar o resultado estabelecido pelo acordo. Muitas vezes, a conduta em questão já é suficientemente punível na ordem doméstica. Por isso, antes de mais nada, o legislador deve, de boa-fé, checar a legislação vigente a respeito da existência de lacunas jurídicas que deixam determinados atos terroristas impunes.

Todavia, algumas diretrizes gerais podem ser extraídas das convenções antiterroristas e devem nortear as discussões sobre a criminalização do terrorismo. Em linhas gerais, são as seguintes.<sup>10</sup>

Observa-se, primeiro, que a maioria das convenções refere-se ao terrorismo que vitima pessoas. Trata-se de uma observação importante, pois indica que violência contra propriedade e outros bens raramente justifica a estigmatização, perseguição e punição como terrorismo. Essa restrição é devida à característica específica do terrorismo como violência simbólica, qual seja, aquela que revela que seus perpetradores pretendem romper com as normas e os valores mais fundamentais da sociedade, isto é, o respeito pela vida e integridade física, já que sua violação sistemática, em particular em relação a pessoas inocentes, é o meio mais usado para chamar a atenção (BOCK, 2009, p. 12).

Há, no entanto, algumas exceções a essa regra geral de que somente crimes contra a pessoa humana se configuram como terroristas. Um exemplo é o roubo de material nuclear. Outro, os atentados a bomba terroristas. No entanto, em particular a Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, de 1997, é bastante criticada por pretender criminalizar até o uso de artefatos explosivos ou incendiários dirigidos contra sistemas de transporte público ou outra infraestrutura do Estado (WOLNY, 2006, p. 61). Isso porque a inclusão de atos contra o patrimônio material aumenta o risco de confundir

---

<sup>9</sup>No entanto, não se confunde o não reconhecimento do terrorismo como crime político no contexto de processos de extradição com o fato de que o terrorismo é praticado para fins ideológicos, políticos ou religiosos. No mais, na praxe, tais processos continuam a revelar os consideráveis problemas que os Estados enfrentam no campo da cooperação contra o terrorismo (NEWTON, 2013, p. 68).

<sup>10</sup>Trata-se de uma seleção que desconsidera deliberadamente algumas problemáticas específicas – em particular, a da aplicabilidade das convenções durante conflitos armados e em relação às forças armadas.

terrorismo com “criminalidade ordinária”, em particular vandalismo, no contexto de protestos sociais.

Quanto aos elementos subjetivos do crime do terrorismo, a maioria das convenções internacionais reconhece que o terrorismo é caracterizado pelo “propósito de intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.”<sup>11</sup> A função desse elemento subjetivo, já reconhecido na primeira convenção internacional contra o terrorismo, de 1937,<sup>12</sup> consiste igualmente em distinguir melhor entre terrorismo e criminalidade ordinária. Frisa-se que a intenção de coagir ou intimidar pessoas privadas ou empresas não é ato considerado terrorista.

Por outro lado, falta às convenções antiterroristas o importante esclarecimento de que terrorismo, em comparação com o crime organizado, implica uma motivação religiosa, política ou ideológica. No entanto, o artigo 2(a) da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, ratificada pelo Brasil em 2004 (BRASIL, 2004), deixa claro que o último se distingue do terrorismo pela “intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Em cumprimento a essa distinção, vários Estados incorporaram a suas legislações o requisito subjetivo segundo o qual os crimes terroristas têm que ser cometidos por motivos ideológicos, políticos, raciais ou religiosos.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Somente uma pequena minoria de convenções internacionais não prevê a criminalização dessa intenção especial. Exemplo é a Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, de 1988. Alguns acordos antiterroristas estabelecem um modelo misto, por exemplo, o art. 7º da Convenção sobre Proteção Física de Materiais Nucleares, de 1979.

<sup>12</sup> Art. 1º da Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo, de 16 de novembro de 1937. No entanto, ela não entrou em vigor (GALICKI, 2005, p. 744).

<sup>13</sup> Veja, por exemplo: Art. 1º do *UK Terrorism Act*, de 2000, ou *US Code* § 2656 (F) (D) (2).

Assim, reconheceram que terrorismo é uma forma específica de criminalidade organizada e reduziram o risco do abuso político das leis antiterroristas no contexto do combate ao crime organizado (YOUNG, 2005, p. 59). No entanto, isso não quer dizer que tal distinção teórica sempre é viável na prática, nem que determinados métodos de investigar e perseguir o crime organizado são completamente inúteis no combate ao terrorismo.<sup>14</sup> Como será logo explicado, seu significado principal reside na consideração das consequências políticas e psicossociais que emanam da utilização inócua do estigma “terrorista”.<sup>15</sup>

Enfim, é preciso recordar que os acordos antiterroristas têm como objetivo geral facilitar a cooperação entre os Estados. A fim de dar mais eficácia à luta pela supressão dessa criminalidade, eles geralmente exigem que o crime tenha uma dimensão transnacional. A título de exemplo, a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento ao Terrorismo, de 1999, estipula que “não se aplicará quando o delito foi cometido no território de um único Estado, o criminoso presumido for nacional daquele Estado e estiver presente naquele (?) Estado e nenhum outro Estado [...]”<sup>16</sup> Portanto,

---

<sup>14</sup> Anota-se que a Lei de combate ao crime organizado (BRASIL, 2013) não tipifica o crime do terrorismo, mas, no seu artigo 2º, II, prevê a sua aplicação “às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional”.

<sup>15</sup> Por outro lado, muito cuidado é necessário no que se refere a uma presumível “fusão” ou “cooperação” entre terroristas e criminosos organizados. Tais alianças às vezes existem, outras vezes não. Isso depende de uma série de fatores, visto que terroristas geralmente não se veem no mesmo nível de criminosos e têm medo de perder sua integridade ideológica pela colaboração com eles (FELBAB-BROWN, 2010, p. 18).

<sup>16</sup> Art. 3º da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento ao Terrorismo, de 1999, Decreto nº 5640, de 26 de dezembro de 2005 (BRASIL, 2005b).

esses acordos foram elaborados para combater determinado tipo de terrorismo, isto é, o terrorismo internacional (O'DONNELL, 2006, p. 860).

Exceções a essa regra são, por razões evidentes, a Convenção sobre a Proteção Física de Material Nuclear, de 1979, e o Protocolo sobre Plataformas Artificiais no Mar, de 1988. Todavia, em geral, o Direito Internacional não quer se pronunciar sobre atos que alguns governos consideram, com mais ou menos razão e legitimidade, como “terrorismo doméstico”. Pelo contrário, existe uma notável preocupação de que o legislador abuse de seus poderes para criminalizar como terroristas forças da oposição política e outras pessoas que, na verdade, não têm perfil terrorista. Por isso, as convenções internacionais rezam pelo respeito aos direitos humanos.<sup>17</sup>

### 3. Modelos de implementação

Quanto à implementação das obrigações internacionais para criminalização do terrorismo pelo legislador nacional, existem três modelos básicos (UNODC, 2006, p. 8) que exemplificam as principais opções do Congresso Nacional.

O primeiro modelo consiste simplesmente na modificação pontual da atual legislação penal. O pressuposto é a identificação de verdadeiras lacunas jurídicas. Em geral, todas as leis penais permitem a punição de indivíduos que cometeram crimes contra pessoas no seu território ou que foram perpetrados no exterior, seja contra ou seja por um cidadão. Por isso, as lacunas se limitam muitas vezes à criminalização do financiamento do terrorismo ou da formação de grupos terroristas no exterior (para que haja tipo penal quando seus integrantes entrarem em território nacional para recrutar novos membros ou conduzir determinados atos preparatórios). Conforme esse modelo minimalista, a inserção de novos tipos penais ou simplesmente de agravantes serve para cumprir as obrigações internacionais. Como parece, é o modelo mais comum no mundo, pois permite escapar da necessidade de tipificar terrorismo com base em conceito genérico.<sup>18</sup>

Todavia, se as lacunas são maiores e se referem a determinadas categorias do terrorismo internacional, como terrorismo contra a aviação civil ou navegação marítima, outra opção seria criar uma lei específica ou um novo título no Código Penal para implementar determinados acordos antiterroristas. Nesse sentido, pode se falar de uma implementação

---

<sup>17</sup> Leia, por exemplo, o artigo 15 da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, de 2002, (BRASIL, 2005a).

<sup>18</sup> Exemplos são os Códigos Penais da Alemanha, Espanha, França e Itália, sendo países que há muito tempo sofrem com a atuação de grupos terroristas nacionais e internacionais.

setorial das obrigações internacionais. Como o modelo anterior, ele desnecessita da adoção de uma definição legal do terrorismo.

Enfim, o terceiro modelo consiste na elaboração de uma só lei antiterrorista que pretenda consolidar todos os deveres internacionais. De fato, tal passo tem algumas vantagens, dentre elas a estimulação de mais coerência dogmática e, assim, a antecipação do que é pretendido pela Convenção Geral contra Terrorismo Internacional. Nesse caso, faz sentido até pensar numa definição legal do terrorismo que se enquadre na parte geral da lei específica a ser formulada. Com certeza trata-se do modelo mais ambicioso e ao mesmo tempo mais problemático, pois muitas vezes é acompanhado pela pretensão de não só criar um instrumento para combater o terrorismo internacional, mas também o terrorismo doméstico.

#### 4. A tipificação do crime do terrorismo pelo PLS nº 499/2013

Uma das principais causas das atuais polêmicas sobre o PLS nº 499/2013 reside exatamente no fato de que ele invoca obrigações concernentes à criminalização do terrorismo internacional, mas, na verdade, vai bem além dessa pretensão ao querer tipificar o crime do terrorismo em todas as suas dimensões, inclusive a nacional.

Ressalva-se que cada Estado soberano está absolutamente livre para também criminalizar o terrorismo doméstico. No entanto, como demonstrado anteriormente, pode representar um passo que, ao invés de fortalecer o Estado Democrático de Direito, pode gerar efeito contrário, em razão das enormes dificuldades de assegurar a aplicação adequada do respectivo tipo penal.

Em particular, parece oportuno levar em consideração que existem países que *de facto*

sofrem ou sofreram determinadas formas de terrorismo doméstico, mas outros não. O primeiro grupo de países pode se basear, quando se discute a tipificação do crime do terrorismo, em suas próprias experiências históricas. No entanto, o Brasil não pertence a esse grupo de países. Pelo menos, inexistem exemplos de verdadeiros ataques ou atentados terroristas após o fim da ditadura militar,<sup>19</sup> enquanto não faltam exemplos para discursos que utilizam inadequadamente o estigma “terrorista” contra determinadas pessoas.

As citadas ondas de violência de 2006 talvez tivessem como objetivo provocar pânico no público ou até coagir o governo local ou estadual a cumprir determinadas reivindicações das facções criminosas, porém elas foram perpetradas por atores egoísticos, motivados por vantagens pessoais, e não altruísticos, como é o caso dos terroristas. Por isso, parece mais adequado constatar que o crime organizado instrumentalizou táticas terroristas para seus próprios fins.<sup>20</sup> Embora seja possível argumentar que o Direito Penal deve sobretudo criminalizar determinada conduta e não uma determinada motivação, é também evidente o risco que se corre ao criminalizar tais atos como terroristas, uma vez que isso poderia estimular uma maior politização desses grupos e assim gerar processos não pretendidos pelo legislador.<sup>21</sup> Seria uma lei com

<sup>19</sup> Até hoje a discussão se houve ou não grupos terroristas durante a ditadura militar gera sobretudo polêmicas que impossibilitam o trato racional dessa pergunta. Exemplo recente foram as confusões e até pancadarias na Câmara dos Deputados na ocasião da sessão solene sobre os 50 anos do golpe de 1964 (CARDOSO; BRESCIANO, 2014). Isso também indica o considerável risco de arbítrio no manuseio do novo instrumento legal.

<sup>20</sup> Há certo discurso sobre narcoterrorismo como modalidade específica do terrorismo latino-americano, porém seu valor explicativo é amplamente considerado como muito precário. Sobretudo, ele serve a interesses políticos (MILLER; DAMASK, 1996, p. 114).

<sup>21</sup> Como se sabe, no Brasil, várias facções criminosas declaram, nos seus estatutos, a luta contra a opressão e viola-

perigosos efeitos colaterais. Na pior hipótese, resultaria na criação artificial e desnecessária de um verdadeiro inimigo interno. Portanto, pergunta-se se é realmente recomendável definir terrorismo, como feito no art. 2º do PLS nº 499/2013, no sentido de:

“Provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa ou tentativa de ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privatização da liberdade de pessoa” (BRASIL, 2013b).

Como o PLS nº 499/2013 também pretende criminalizar o financiamento ao terrorismo (art. 3º), terrorismo contra bens materiais (art. 4º), incitação ao terrorismo (art. 5º), cessão de abrigo a terrorista ou aspirante a terrorista (art. 6º) e associação em grupo terrorista (art. 7º); ele acaba por tornar-se muito abrangente, razão pela qual se teme a sua aplicabilidade aos protestos e movimentos sociais e até a determinados partidos políticos. O próprio legislador reconhece essa possibilidade na Emenda nº 13 ao PLS nº 499/2013 (BRASIL, 2014, p. 1), que propôs a inclusão do artigo 14 com a seguinte redação:

“Esta Lei não se aplica a manifestações políticas, conduta individual ou coletiva de pessoas, movimentos sociais ou sindicatos, movidos por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando contestar, criticar, protestar, apoiar com o objetivo de defender ou buscar direitos, garantias e liberdades constitucionais.”

Na teoria, essa emenda representa um avanço considerável, pois parece explicitamente ex-

---

ções de direitos humanos no sistema prisional, a se atribuir certa legitimidade (PORTO, 2007, p. 89). Sua classificação como grupos terroristas pode complicar consideravelmente os esforços de desmascarar esses grupos perigosos como puramente criminosos.

cluir protesto social e sindical do escopo da lei. Há, no entanto, o risco de que seja estabelecido que essa cláusula se restrinja ao protesto pacífico, assim justificando sua aplicação a delinquentes que se engajam em confrontos contra os representantes do Estado. Portanto, parece valer a pena levar em consideração a opção por uma caracterização mais restrita que diga respeito ao fato de que o terrorismo é uma verdadeira estratégia de violência simbólica cujo objetivo principal não é simplesmente provocar uma situação de pânico, matar e ferir determinadas pessoas, mas sim comunicar uma mensagem política em relação aos seus amigos e inimigos.

## 5. Considerações finais

No entanto, não há solução que garanta perfeitamente a proteção contra a aplicação abusiva de leis antiterroristas nos casos descritos. Por isso, é preciso estudar com muito cuidado a tipificação do conceito do terrorismo. Como o Direito Internacional não exige tal criminalização genérica, não pode se prestar para sua justificação, menos ainda quando se está tratando inclusive do terrorismo doméstico. A experiência de outros Estados demonstra que o combate contra o terrorismo raramente necessita de novos tipos penais que provoquem preocupações e polêmicas (tais como sobre um “direito penal do inimigo”). Diante disso, parece recomendável rever se outros modelos de implementação são mais adequados para o Brasil e seus cidadãos.

Ao que parece, uma boa oportunidade para fazer os ajustes necessários é através da reforma do Código Penal. Usar a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos como argumento para pressionar o Legislador é pouco persuasivo diante dos potenciais erros que possam ser cometidos em nome de um perigo abstrato que é extremamente difícil de estimar.



## Referências

BOAVENTURA, Helayne; LIMA, Sandro. Rigor contra “terroristas” do Rio. *Correio Brasileiro*, Brasília, p. 3, 2 jan. 2007.

BOCK, Andreas. *Terrorismus*. UTB: Colônia, 2009.

BRASIL. Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 1983.

\_\_\_\_\_. Decreto presidencial n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mar. 2004.

\_\_\_\_\_. Decreto presidencial n. 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 dez. 2005a.

\_\_\_\_\_. Decreto presidencial n. 5640, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 dez. 2005b.

\_\_\_\_\_. Decreto legislativo n. 267, de 2009. Aprova o texto da Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear, assinada pelo Brasil em Nova Iorque, no dia 14 de setembro de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012. Reforma do Código Penal Brasileiro. *Diário do Senado Federal*, Brasília, 10 jul. 2012. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)>. Acesso em: 15 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 ago. 2013a.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n. 499 de 2013b. Define crimes de terrorismo e dá outras providências. *Diário do Senado Federal*, 29 nov. 2013b. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=115549](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115549)>. Acesso em: 14 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Emenda n. 13/PLEN (ao PLS 499/2013). *Gabinete do Senador Romero Jucá*, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=145789&tp=1>>. Acesso em: 15 out. 2014.

CARDOSO, Daiene; BRESCIANI, Eduardo. Presença do Bolsonaro faz Câmara atrasar sessão sobre 50 anos do golpe. *Estadão*, 1º abr. 2014. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,presenca-de-bolsonaro-faz-camara-atrasar-sessao-sobre-50-anos-do-golpe,1147736,0.htm>>. Acesso em: 15 out. 2014.

DANTAS, Claudio Sequeira. Lei antiterror divide especialistas. Movimentos sociais prometem veto. *Correio Brasileiro*, Brasília, p. 19, 9 mar. 2007.

DUFFY, Helen. *The “War on Terror” and the Framework of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

FELBAB-BROWN, Vanda. *Shooting Up : Counterinsurgency and the War on Drugs*. Washington D.C.: Brookings Institutions Press 2010.

GALICKI, Zdzislav. International Law and Terrorism. *American Behavioral Scientist*, ano 49, n. 6, p. 743-757, 2005.

GANOR, Boaz. Defining Terrorism: Is One Man’s Terrorist Another Man’s Freedom Fighter? *Police Practice and Research*, ano 3, n. 4, 287-304, 2002.

- HOFFMANN, Bruce. *Inside Terrorism*. Nova York: Columbia University Press, 2006.
- HIRSCHMANN, Kai. *Terrorismus*. Hamburgo: Europäische Verlagsanstalt, 2003
- MACAULAY, Fiona. Knowledge Production, Framing and Criminal Justice Reform in Latin America. *Journal of Latin American Studies*, Cambridge, ano 31, p. 627-651, 2007.
- MILLER, Abraham H.; DAMASK, Nicolas A. The Dual Myths of “Narco-Terrorism”: How Myths Drive Policy. *Terrorism and Political Violence*, ano 8, n. 1, p. 114-131, 1996.
- NEWTON, Michael A. Terrorist crimes and the obligation to prosecute. *Public Law & Legal Theory*, Working Paper n. 12-32, p. 68-92, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2307877>>. Acesso em: 15 out. 2014.
- O’DONNELL, Daniel. International treaties against terrorism and the use of terrorism during armed conflicts and by armed forces. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 864, p. 833-880, dec. 2006.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Intra-American Treaties. Disponível em: <[http://www.oas.org/DIL/treaties\\_subject.htm](http://www.oas.org/DIL/treaties_subject.htm)>. Acesso em: 15 out. 2014.
- PEIXOTO, Natália. Juristas e entidades veem endurecimento na repressão e criticam uso da Lei de Segurança Nacional e Lei de Combate ao Crime Organizado contra manifestante. *iG*, São Paulo, 2 nov. 2013. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-11-02/especialistas-condenam-uso-de-leis-mais-duras-e-criminalizacao-das-manifestacoes.html>>. Acesso em: 15 out. 2014.
- PETERKE, Sven. Brasiliens Herausforderung durch den Terror der Organisierten Kriminalität: Nach der Anschlagsserie von Rio: Kampf dem Narcoterrorismus? *Verfassung und Recht in Übersee*, Hamburgo, ano 40, n. 2, p. 230-248, 2007.
- PORTO, Roberto. *Crime organizado e sistema prisional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SAUL, Ben. *Defining Terrorism in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa; D’AVILA, Fabio Roberto; CARVALHO, Salo de. O direito penal na “luta contra o terrorismo”: delineamentos teóricos a partir da criminalização dos movimentos sociais: o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, ano 4, n. 1, p. 1-21, 2012.
- UNITED NATIONS. Draft Comprehensive Convention against International Terrorism. *U.N. Doc. A/59/894*, 3 ago. 2005.
- UNITED NATIONS. Department of public information. *International Legal Instruments*. Disponível em: <http://www.un.org/en/terrorism/instruments.shtml>. Acesso em: 15 out. 2014.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Legislative Guide to The Universal Anti-Terrorism Conventions and Protocols*. New York: United Nations, 2006.
- WALDMANN, Peter. *Terrorismus. Provaktion der Macht*. 2. ed. Hamburgo: Murmann Verlag, 2005.
- WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. 2th. ed. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2009.
- WOLNY, Kerstin. *Die völkerrechtliche Kriminalisierung von modernen Akten des internationalen Terrorismus: unter besonderer Berücksichtigung des IStGH-Statuts*. Bamberg, 12. juni 2006. Disponível em: <[http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3251/\\$FILE/dis3251.pdf](http://www1.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3251/$FILE/dis3251.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2014.
- YOUNG, Reuven. Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and its Influence on Definitions in Domestic Legislation. *Boston College International and Comparative Law Review*, ano 29, n., p. 23- 102, 2005.



# Defensoria Pública e ação civil pública

Uma discussão sobre legitimidade e democracia

CÍNTIA GARABINI LAGES  
LUCÉLIA DE SENA ALVES

## Sumário

1. Introdução. 2. O Ministério Público e a (in)constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública: análise dos argumentos da CONAMP na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943. 3. Ação coletiva e legitimidade extraordinária na Teoria do Processo. 3.1. Legitimidade de agir e substituição processual na Teoria do Processo. 3.2. A especificidade da legitimação para a ação coletiva. 3.3. A legitimação extraordinária segundo a teoria do processo como procedimento em contraditório. 4. As funções institucionais da Defensoria Pública como fundamento de sua legitimidade ativa. 5. Conclusões.

Cíntia Garabini Lages é doutora e mestre em Direito Processual pela PUC MINAS. Professora da Faculdade Mineira de Direito da PUC MINAS, da Faculdade de Direito e do mestrado em Direito da Universidade de Itaúna/MG.

Lucélia de Sena Alves é mestranda em Direito pela Universidade de Itaúna. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas Professor Alberto Deodato. Advogada.

## 1. Introdução

Inspirada na *class action* norte-americana, a Ação Civil Pública foi instituída pela Lei nº 7.347, em 1985, e apresenta-se, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, como um dos principais mecanismos de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos reconhecidos pelo constitucionalismo pátrio. Sua adoção fez-se necessária em razão do reconhecimento de novos direitos fundamentais de caráter metaindividual, cuja garantia demandava a adoção de procedimentos distintos das tradicionais garantias processuais de caráter individual.

Nos termos da Lei nº 7.347/85, a ação civil pública consubstancia procedimento coletivo de responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens

e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica, assim como de defesa de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo. Estão excluídos da tutela desse tipo de ação pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Embora tenha sido a mais influente, a ação civil pública não foi a primeira ação de caráter coletivo a ser adotada no direito brasileiro. Em 1965, através da Emenda Constitucional de nº 16, foi introduzida no texto da Constituição vigente a denominada representação de inconstitucionalidade, procedimento de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, à época um instituto absolutamente inovador. Ao Procurador-Geral da República era atribuída competência exclusiva para representar, perante o Supremo Tribunal Federal, contra a inconstitucionalidade de lei e atos normativos, nos termos da referida emenda constitucional, requerendo ao final a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo e a anulação de seus efeitos. No mesmo ano, foi promulgada a Lei Federal nº 4.717, que regulamentou a ação popular, procedimento coletivo de defesa dos direitos cuja legitimidade é atribuída exclusivamente ao cidadão para a promoção da defesa judicial dos direitos coletivos em caso de prática de ato lesivo ao patrimônio público. Assim, antes do advento da Lei da Ação Civil Pública, duas ações de natureza coletiva já integravam o sistema constitucional de defesa de direitos fundamentais, ainda que pese o estranhamento pela introdução desses dois instrumentos em um contexto político não democrático.

A inovação representada pela introdução da ação civil pública no ordenamento jurídi-

co pátrio, para além do seu objeto, refere-se, sobretudo, à ampliação da legitimação ativa para a sua propositura. Deixando de lado a legitimação extraordinária exclusiva, adotou a Lei nº 7.347/85 uma legitimação extraordinária concorrente, na esteira do processo de democratização do acesso à jurisdição que culminou com a proclamação da Constituição de 1988. Assim, a lei, originariamente, reconheceu como legitimados ao ajuizamento da ação civil pública o Ministério Público, a União, os Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações constituídas há pelo menos um ano, para somente em 2007 acrescentar a Defensoria Pública no rol do seu art. 5º.

A legitimação concorrente para a propositura da ação civil pública importa em um processo de difusão da responsabilidade acerca da defesa dos direitos fundamentais. A natureza coletiva da titularidade do direito impõe a pluralidade da legitimidade no manejo do procedimento, ou seja, no manejo da ação que viabiliza a garantia do direito coletivo, sob pena de se privatizar o mesmo.

Com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, a ação civil pública foi elevada ao *status* de garantia constitucional, nos termos do art. 129, III, segundo o qual ao Ministério Público incumbia a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem prejuízo da extensão dessa legitimidade a terceiros. Assim, restou inalterada a competência para o ajuizamento da referida ação, em função da recepção da mesma pela constituição novel.

Em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor através da Lei Federal nº 8.078, disciplinando não apenas a política nacional de relações de consumo, mas também

o conjunto normativo básico de direitos do consumidor e as normas de direito processual coletivo correspondentes. Com essa inovação, o estudo do direito processual coletivo ganhou impulso enquanto ramo do direito processual no qual são estudados os procedimentos de efetivação e garantia dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esses dois instrumentos, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, acabaram por conformar o que se convencionou denominar “microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum” (ALMEIDA, 2007, p. 19).

Em 2007, a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro, alterou a Lei da Ação Civil Pública no tocante à legitimidade ativa, incluindo no rol de legitimados a Defensoria Pública, ao lado do Ministério Público e demais legitimados já previstos originalmente. Buscou a referida lei corrigir uma omissão no que tange ao reconhecimento da legitimidade da Defensoria para a propositura dessa ação coletiva para a defesa dos direitos fundamentais metaindividuais, enquanto órgão que desempenha função essencial à justiça.<sup>1</sup>

A Defensoria Pública, prevista no artigo 134 da Constituição vigente, está inserida no Capítulo IV do Título III, que estrutura as funções essenciais à justiça no contexto da organização dos poderes. A Constituição de 1988 atribuiu à Defensoria Pública a competência para promover a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados. Trata-se de instrumento de efetivação do direito fundamental de acesso à jurisdição mediante assistência jurídica integral e gratuita, previsto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição. As funções da Defensoria Pública estão previstas na Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009, dentre as quais destaca-se a legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública, nos termos do inciso VII do art. 4º.

---

<sup>1</sup> A Lei 11.448/2007 teve origem no Projeto de Lei do Senado 131/2003, apresentado pelo então Senador Sérgio Cabral em 2003. Propunha o Senador a extensão da legitimidade para a propositura da ACP ao Presidente da República, Mesas da Câmara dos Deputados e Senado Federal, Governadores de Estado e Distrito Federal, Mesas das Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa do DF, Prefeitos, Mesas das Câmaras municipais, Defensoria Pública e Conselhos Federal e Seccionais da Ordem dos Advogados. O Projeto, aprovado no Senado Federal, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, na qual foi recebido e renumerado, passando a tramitar com o número PL5704/2005, tendo sido aprovado nos termos do substitutivo apresentado pelo Deputado Luiz Antonio Fleury, que manteve a legitimidade da Defensoria Pública, expurgando a dos demais órgãos mencionados sob o argumento de que a inclusão dos legitimados pretendidos no projeto original poderia tornar a ação civil pública instrumento “vulnerável a utilizações em que prepondere o caráter político-partidário em detrimento da verdadeira defesa dos interesses e direitos coletivos e difusos da sociedade. Apenas a Defensoria Pública é que deveria ter reconhecida a legitimidade para a propositura da ação civil pública, tendo em vista a importância desta instituição e a natureza de suas atribuições sempre voltadas para a defesa dos cidadãos e para a luta pela construção neste País de um verdadeiro estado democrático de direito”. Citou ainda o Dep. Fleury precedente judicial que sinalizava a possibilidade da inclusão (BRASIL, 2003).

Entretanto, apesar de a Constituição da República afirmar categoricamente que a legitimidade do Ministério Público para a promoção da ação civil pública não é exclusiva (§ 1º do artigo 129 da CF/88), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP interpretou como inconstitucional a extensão da legitimidade para a propositura da referida ação à Defensoria Pública, o que resultou no ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade – ADI nº 3943 – perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como objeto da análise da inconstitucionalidade o inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85, introduzido pela Lei nº 11.448/2007.

A proposta do presente artigo é, portanto, analisar as características da legitimidade para a ação civil pública, aproveitando a atual discussão acerca da (in)constitucionalidade da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a sua propositura. A partir da reconstrução dos argumentos adotados pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público a favor da inconstitucionalidade da extensão da legitimidade a mais um órgão público-estatal, analisaremos a natureza da legitimidade para a ação e seus delineamentos na teoria do processo para, em um segundo momento, discuti-la no âmbito dos estudos sobre o processo coletivo, com o objetivo de contribuir para uma compreensão adequada do instituto da legitimidade para a ação à luz do modelo constitucional processual estruturado a partir da Constituição de 1988.

## **2. O Ministério Público e a (in)constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública: análise dos argumentos da CONAMP na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943**

Em agosto de 2007, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade visando à declaração da inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, ou, alternativamente, a declaração da inconstitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de direitos difusos. Os argumentos apresentados pela CONAMP podem ser divididos em dois grupos. O primeiro parte da interpretação das funções constitucionais do Ministério Público e o segundo analisa as funções constitucionais da Defensoria Pública.

Com relação aos argumentos concernentes às funções do Ministério Público, aduz a CONAMP que, ao conferir a irrestrita legitimidade à Defensoria Pública para propor ação civil pública, o inciso II do art. 5º da Lei nº 7.447/85, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.448/2007,



estaria afetando diretamente a competência do Ministério Público, pois este último é, “entre outros, o legitimado para tal propositura”.

Em seguida, argui a autora que a legitimidade da Defensoria “impede o Ministério Público de exercer plenamente suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional”, e que tal atribuição contraria os requisitos necessários para a ação civil pública, cuja titularidade “pertence ao Ministério Público, consoante disposição constitucional” (BRASIL, 2007). Entretanto, não explica a entidade autora de que modo a atuação do Ministério Público estaria inviabilizada pelo exercício, por parte da Defensoria Pública, do direito de propositura da ação civil pública, da mesma forma como não fundamenta o argumento segundo o qual a titularidade para o ajuizamento da ação pertence ao Ministério Público, como se a sua competência fosse exclusiva.

Ao analisar as funções constitucionais da Defensoria Pública, aduz a autora que a atuação da Defensoria Pública está, segundo disposições constitucionais, restrita à defesa dos necessitados e que, por isso, os titulares do direito “devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em juízo” (BRASIL, 2007).

Por fim, afirma a autora que, caso entenda o Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da legitimação da ação para a propositura da ação civil pública tendo por objeto direitos coletivos e individuais homogêneos, que exclua da declaração de constitucionalidade a legitimação referente aos direitos difusos, fixando, dessa forma, uma interpretação conforme a Constituição. A partir dos argumentos acima explicitados, passa-se à análise da legitimidade para a ação no âmbito da Teoria do Processo.

### **3. Ação coletiva e legitimidade extraordinária na Teoria do Processo**

O constante aumento da complexidade das relações humanas, provocado por ideais cada vez mais universalistas, gera consequências em todos os setores da vida em sociedade. O Direito também sofre modificações e impõe aos seus aplicadores o acompanhamento dessa evolução, devendo o processo civil, por sua vez, funcionar como um instrumento de hoje, com o instrumental de hoje (MANCUSO, 2011, p. 168). Assim, o reconhecimento de novos direitos fundamentais para além dos direitos individuais, como os direitos coletivos e difusos, importou na reestruturação do direito processual e na revisão de alguns dos seus postulados como forma de viabilizar o exercício de tais direitos fundamentais (MAZZEI; NOLASCO, 2005, p. 28).

A esse respeito, leciona Mancuso (2011, p. 165): “Para que esse objetivo seja alcançado, é preciso que a ação judicial não seja apenas o instrumento de atuação de direitos subjetivos, mas um verdadeiro canal de comunicação entre as reivindicações e os anseios fundamentais da comunidade, mesmo que tais aspirações não se hajam convertido em direitos subjetivos. Por outras palavras, trata-se de considerar que os interesses difusos constituem situações diferenciadas, na medida em que se apresentam como relevantes para toda uma coletividade ou ao menos para um segmento ou categoria. Nada disso será possível enquanto o interesse processual for concebido em função da afetação do direito subjetivo violado ou ameaçado a uma determinada pessoa a que se atribui a titularidade”.

Nesse sentido, surgiram como produto da adaptação do Direito Processual ao reconhecimento dos direitos de natureza coletiva os chamados direitos metaindividuais, as ações

coletivas caracterizadas, sobretudo, pela legitimidade extraordinária de agir e pela eficácia *erga omnes/ultra partes* das suas decisões (MAZZILLI, 2011, p. 601).

A análise da (in)constitucionalidade da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública requer a revisão do conceito de legitimidade de agir e suas categorias, no âmbito da Teoria do Processo, para, em um segundo momento, analisar-se a sua compreensão no campo do Direito Processual Coletivo.

### **3.1. Legitimidade de agir e substituição processual na Teoria do Processo**

A legitimidade para a ação coletiva encontra íntima relação com a titularidade do direito material e com as categorias processuais relativas ao conceito de parte e de substituição processual.

Segundo a doutrina processualística clássica, em princípio, duas são as espécies de legitimização no processo, a ordinária e a extraordinária. A legitimização ordinária ocorre quando há coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade do direito de ação. A legitimização extraordinária, por sua vez, ocorre quando o titular do direito material e o do direito processual não coincidem: quem figura como parte no processo não é o titular do direito material objeto de conflito.

A legitimização ordinária é considerada a regra geral, tendo em vista que a “legitimização para agir cabe ao titular do direito deduzido em juízo. Porém, quando a lei autorizar alguém a agir no processo em nome próprio, na defesa de direito alheio, tratar-se-á de hipótese de legitimização extraordinária”, exceção à regra geral (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 13). Nesse sentido é o entendimento adotado pelo legislador pátrio ao estabelecer, no art. 6º do Código de

Processo Civil, que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

A legitimização extraordinária, por outro lado, traduz-se na faculdade de promover ação em nome próprio na defesa de direito alheio. Segundo Ephraim de Campos Jr. (1985, p. 14), “nos casos de legitimização extraordinária, pleiteia-se direito alheio, como alheio, em virtude de autorização legal para tal. *Grosso modo*, a legitimização extraordinária se traduz na autorização legal para a defesa em juízo, em nome próprio, de direito alheio, enquanto tal”.

A legitimização extraordinária comporta classificações e pode ser dividida em autônoma e subordinada. Para Ephraim de Campos Jr., a legitimização extraordinária será autônoma quando a atuação do legitimado extraordinário não depender da vontade do titular do direito material, atuando em posição análoga à deste. A legitimização extraordinária será subordinada quando a atuação do legitimado extraordinário depender da atuação do titular do direito objeto da ação. Nesta hipótese, o legitimado extraordinário atua como assistente que ingressa em processo alheio por ter interesse na sentença, não configurando hipótese de substituição processual (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 15).

A atribuição da legitimidade extraordinária autônoma pode dar-se de modo exclusivo ou concorrente. Considera-se exclusiva a legitimização extraordinária que exclui da posição de parte o titular do direito objeto da ação, a quem não se reconhece o direito de agir em juízo. A legitimidade extraordinária autônoma concorrente não exclui a legitimização ordinária do titular do direito lesado ou ameaçado de lesão, tão somente concorre com ele.

Considerando-se que a legitimidade para a propositura das ações coletivas é de titularidade dos legitimados expressamente indicados na lei, não possuindo legitimidade o titular do direito

metaindividual para ingressar com a mesma, pode-se afirmar que a legitimidade para as ações coletivas caracteriza-se, em um primeiro momento, como autônoma e exclusiva.

Denomina-se substituição processual a legitimidade extraordinária autônoma exclusiva e que importa na autorização legal para o exercício do direito de ação em nome próprio, na defesa de direito alheio, configurando exceção ao princípio geral segundo o qual a legitimidade de agir compete ao titular do direito pretense (SATTA, 1973, p. 139). Segundo Costa (1947, p. 248), “foi Kohler quem primeiro chamou a atenção para essa espécie de legitimação, a que Chiovenda deu o nome de ‘substituição processual’”, e, como ressalta Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 87), trata-se de faculdade excepcional, apenas possível nos casos expressamente autorizados em lei.

Nesse sentido, a legitimação extraordinária é gênero do qual a substituição é uma espécie, ocorrendo apenas quando presentes simultaneamente dois requisitos: a atribuição legal do direito de ação a terceiro, de forma que esse possa atuar em nome próprio para a tutela de direito material alheio, e a ausência do titular do direito material da posição de parte principal no processo (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 14). Por outro lado, a substituição processual não se confunde com a representação, pois não trata de ausência de capacidade processual, mas hipótese de legitimação extraordinária.<sup>2</sup>

Interessa ao presente trabalho apenas a legitimação extraordinária autônoma por tratar-se de hipótese de legitimação extraordinária aplicável às ações coletivas, sobretudo à ação civil pública.

### **3.2. A especificidade da legitimação para a ação coletiva**

O reconhecimento dos direitos metaindividuais impôs a adoção de novos procedimentos capazes de traduzir a natureza coletiva da titularidade do direito no âmbito da jurisdição, até então concebida individualmente. Daí a necessidade de se repensar, no âmbito da Teoria do Processo, a compreensão dos novos procedimentos e os institutos que lhe são próprios à luz não apenas da Teoria do Processo, mas, de modo complementar, à luz dos estudos no âmbito do Direito Processual Coletivo.

Diversas são as teorias acerca da natureza jurídica da legitimidade ativa na ação civil pública.

Mauro Cappelletti (1991) leciona que a natureza jurídica da legitimidade ativa nas ações coletivas é pluralista, defendendo que a solução para

---

<sup>2</sup>Neste sentido, COSTA, 1947, p. 248; CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 16. Em sentido contrário SATTA, 1973.

a superação do ceticismo acerca da tutela dos direitos difusos somente se daria por meio da combinação de várias soluções integráveis entre si.

No âmbito da doutrina processualística brasileira, é possível identificar ao menos quatro distintos posicionamentos teóricos acerca da legitimidade para a ação coletiva: o que concebe a natureza da legitimação como *coletiva propriamente dita*, o que a concebe como *autônoma* (aqui em sentido distinto do considerado anteriormente), a concepção *mista* e o entendimento segundo o qual a *distinção entre legitimidade ordinária e extraordinária não se aplica ao processo coletivo*.

A tese da *legitimidade coletiva* propriamente dita é desenvolvida por Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto. Segundo os autores, a coincidência entre os interesses de quem atua em juízo e os daqueles que serão beneficiados com a decisão a ser prolatada impede a consideração da legitimidade para a ação como exemplo de substituição processual. Nesse sentido, afirmam que,

“a nosso ver, nas ações coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva, que é justamente a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada” (GOMES JÚNIOR; FAVRETO; 2010, p. 9).

A tese da *legitimidade autônoma* para ação coletiva é defendida por Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2007, p. 179), segundo os quais, “por essa legitimação autônoma para a conclusão do processo, o legislador, independentemente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo”.

A *corrente mista* é defendida pela insigne processualista Ada Pellegrini Grinover que, após considerar a legitimação ativa para as ações coletivas como substituição processual, uma vez que os legitimados à ação não pleiteiam o direito concreto do substituído, mas, sim, o reconhecimento genérico de um direito que depois virá a ser, ou poderá vir a ser, individualmente exercido, no processo de liquidação da decisão, alterou seu entendimento, passando a identificar a legitimação ativa para as ações coletivas como mista (independente e autônoma), distribuída entre pessoa física e/ou associações, em conjunto com órgãos públicos, defendendo ser essa a mais adequada para responder aos anseios do mais amplo acesso à justiça e ao princípio da universalidade da jurisdição (GRINOVER; WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 138, 234).

A quarta corrente identificada adota o entendimento da *indistinção entre legitimidade extraordinária e ordinária* nas ações coletivas. Tal

posicionamento é defendido, com base em argumentos distintos, por Antonio Gidi e Sérgio Shimura.

Segundo Antonio Gidi (1995, p. 44), a legitimidade extraordinária não se enquadra nas ações coletivas, especialmente no caso de direitos individuais homogêneos, uma vez que a coisa julgada nesse tipo de processo é *secundum eventum litis* e somente se faria coisa julgada para beneficiar os seus titulares. Para esse autor, a definição da natureza da legitimidade para a ação decorre dos efeitos produzidos pela decisão.

Sérgio Shimura também entende não se aplicar, na ação coletiva, a distinção entre legitimação ordinária e extraordinária, afirmando tratar-se de *legitimação adequada*. Segundo o autor,

“Na ação coletiva, no âmbito do processo de conhecimento, em rigor, descabe perquirir se tal legitimação seria ordinária ou extraordinária, uma vez que os legitimados serão sempre os catalogados expressamente em lei. O legislador entendeu que tais legitimados são os ‘adequados’, não permitindo outras discussões, nem pelo próprio lesado, nem pelo juiz”

No entanto, afirma Shimura, nas ações coletivas que tenham por objeto a proteção de direitos difusos e coletivos, a legitimação apresenta-se como ordinária, pois “agem os entes legitimados com legitimidade para conclusão autônoma do processo [...]” (SHIMURA, 2005, p. 165).

A variedade de posicionamentos acerca da natureza da legitimidade para as ações coletivas denota a importância da matéria. O processo coletivo demanda uma reflexão acerca dos seus institutos em função das suas especificidades, razão pela qual faz-se necessário perquirir se o instituto da legitimidade extraordinária, mais especialmente o instituto da substituição

processual, pode ser adotado para explicar adequadamente a natureza jurídica da legitimidade nas ações coletivas. Tal análise requer uma ponderação sobre as correntes acima identificadas à luz dos conceitos tratados no âmbito da Teoria do Processo.

A concepção coletiva da legitimidade para a ação civil pública é definida pela possibilidade da coincidência de interesses do legitimado legal para a ação e dos beneficiados. Entretanto, a verificação da coincidência não é requisito para o recebimento da ação e julgamento dos pedidos nela contidos. Nem mesmo se pode afirmar a existência antecipada da coincidência de interesses, o que somente pode ser demonstrado no decorrer do processo. Em caso de violação de direito ambiental, por exemplo, não é o Ministério Público titular desse direito, estando apenas vinculado funcionalmente ao ajuizamento da ação para a defesa do mesmo, na medida em que tal ato está compreendido no âmbito das suas funções constitucionais, nos termos do art. 127 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a suposta coincidência dá-se entre a função atribuída ao legitimado, no sentido de promover a defesa do direito coletivo, e o objeto da ação, e não necessariamente na comunhão de um mesmo interesse ou mesmo na comunhão do direito. A atribuição da legitimidade para a ação a terceiro não titular do direito caracteriza-se como extraordinária, e o seu exercício de modo autônomo nos permite classificá-la como substituição processual.

A tese segundo a qual a legitimidade para as ações coletivas deve ser concebida como *autônoma* em função da ausência de nexo entre o legitimado e o direito objeto da ação não impede a sua caracterização como substituição processual, espécie de legitimação extraordinária. De fato, não há vínculo entre a legitimidade legalmente fixada e o direito objeto da ação, decorrendo aquela do caráter coletivo deste.

Entretanto, não é requisito para a caracterização da substituição processual, como afirma Ephraim de Campos Júnior (1985, p. 20), o vínculo entre o substituto processual e o direito objeto da ação. A substituição processual, para ocorrer, demanda tanto uma independência da atuação do substituto em face do substituído, como também demanda autonomia em face do direito objeto da ação coletiva.

Também a tese mista defendida pela Prof. Ada Pellegrini Grinover permite afirmar a natureza extraordinária da legitimação, ou seja, o exercício da ação é realizado por terceiro não titular do direito, de modo independente e autônomo, sendo a forma da sua atribuição considerada plural, concorrente. Não há aqui oposição entre a concepção mista da legitimidade e o seu entendimento como sendo extraordinária. A autonomia e independência do legitimado em face do titular do direito objeto da ação é pressuposto da substituição processual, como já afirmado anteriormente. O reconhecimento da legitimidade a uma pluralidade de legitimados reforça o caráter democrático do processo coletivo, ao garantir o direito de acesso à jurisdição coletiva.

Por fim, resta a análise do entendimento segundo o qual a legitimidade para a ação coletiva não pode ser trabalhada à luz da distinção entre legitimidade ordinária e extraordinária, já que os efeitos da coisa julgada nessas ações não se limitam à esfera jurídica dos legitimados, mas abrangem toda uma coletividade (identificável ou não), além do que a coisa julgada formal pode não atingir, inclusive, nenhum deles (no caso de extinção sem resolução de mérito, de improcedência por ausência de provas, por exemplo).

Faz-se necessário ressaltar que a definição da natureza da legitimidade para a ação civil pública não pode advir dos efeitos da coisa julgada, uma vez que, tanto nas ações individuais quanto nas ações coletivas, os efeitos da coisa julgada não atingem os contraditores/substitutos, mas

apenas os substituídos, ou seja, os titulares do direito objeto da ação, não importando se essa ação possui caráter individual ou coletivo, ou se o direito metaindividual é difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo. Também não pode caracterizar a natureza da legitimidade para a ação o fato de, na tutela de direitos individuais homogêneos, apenas produzir efeitos a decisão que julga procedente o pedido formulado na ação, como previsto no inciso III do art. 1.103 do Código de Defesa do Consumidor. Tal determinação legal apresenta-se como densificação do princípio do acesso à justiça, na sua concepção coletiva. A jurisdição coletiva não pode servir de instrumento de restrição de direitos, mas apenas como instrumento efetivador dos mesmos.

Tampouco pode a legitimidade extraordinária ser desconsiderada para explicar a legitimidade para a ação coletiva em função de ser a mesma considerada adequada pelo legislador, o que importa em não se admitir a discussão da adequabilidade a cada caso concreto. A adequação é estabelecida considerado o interesse geral em reconhecer a legitimidade àqueles órgãos e instituições em razão das suas funções institucionais ou dos papéis que desempenham na sociedade como instrumentos de defesa de direitos fundamentais. Tal papel não desqualifica a natureza processual da representação na ação, a de substituição processual.

A análise dos argumentos adotados até aqui permite identificar uma confusão de conceitos. A legitimidade para a ação atribuída a terceiro não titular do direito é extraordinária. O fato de a mesma não ter a sua adequação verificada não a desqualifica enquanto tal. Por outro lado, o exercício autônomo da mesma a qualifica como uma substituição processual.

Pode-se concluir, então, que, em princípio, a legitimidade da Defensoria Pública na Ação Civil Pública é extraordinária, mas poderá, em

alguns casos, ser ordinária, a depender do caso concreto, e, por isso, não pode ser excluída antes da análise deste.

A inclusão da Defensoria Pública como legitimada extraordinária, ao lado dos demais legitimados já identificados na Lei 7.347/85, a autoriza a atuar de modo disjuntivo, ou seja, independentemente da opinião ou da vontade de qualquer outro legitimado, inclusive do Ministério Público, e acompanha a tendência doutrinária hodierna, contribuindo de forma significativa para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça e para o que Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 46) chamou de *revolução democrática da justiça*.

### **3.3. A legitimação extraordinária segundo a teoria do processo como procedimento em contraditório**

O estudo da legitimidade extraordinária no processo coletivo, sobretudo no exercício da ação civil pública, requer uma compreensão da mesma no contexto de uma teoria processual capaz, ao mesmo tempo, de compreender o processo individual e o processo coletivo brasileiros a partir do modelo processual estruturado pela Constituição Federal de 1988, que possui como nota central o princípio do contraditório.

Nesse sentido, em meados dos anos 70, o jurista italiano Elio Fazzalari publicou a primeira edição de sua obra intitulada *Instituzioni di diritto processuale*, desenvolvendo uma nova teoria do processo, a teoria do processo como procedimento em contraditório, cujo ponto central reside no contraditório, a partir do qual foram reelaborados conceitos clássicos da teoria geral do processo, como o da ação, do processo, procedimento e legitimidade de agir.

Segundo Fazzalari (2006, p. 33), a atuação legítima do Estado (tanto a de natureza pública, quanto a de natureza privada) desenvolve-se por intermédio do processo, o qual conceitua como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119). Em outras palavras, segundo Fazzalari, somente há processo caso àqueles que forem eventualmente atingidos pelo provimento estatal, ou decisão final (que no processo judicial pode-se considerar a decisão transitada em julgado), for oportunizado o direito de participação em simétrica paridade de armas. Caso contrário, os atos praticados devem ser considerados como componentes de um procedimento cuja validade não pode ser atestada através do seu modo de desenvolvimento.

Segundo Fazzalari (2006, p. 115-120), processo é espécie do gênero procedimento. O procedimento é concebido como sequência normativa



de atos, ligados uns aos outros com o fim de culminar no que designa ato final. Já o processo seria um procedimento plurissubjetivo no qual aqueles que serão afetados pelos efeitos do ato final, os contraditores, têm assegurado o direito de participação em simétrica paridade, e aos quais o autor do ato deve prestar contas dos resultados (FAZZALARI, 2006, p. 115-20). O contraditório é elemento caracterizador do processo e tem por finalidade assegurar a legitimidade do provimento, o ato final da cadeia processual.

Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 127) leciona que

“o contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os ‘interessados e contrainteressados’ na expressão de Fazzalari, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade dos seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio”.

Interessa definir, no presente trabalho, quem pode atuar no processo como contraditor. Segundo a teoria fazzalariana, a definição da legitimidade é realizada a partir da situação legitimante, constituída, segundo aduz Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 147), por dois elementos: a medida jurisdicional requerida e os sujeitos que serão atingidos pelos efeitos decorrentes da mesma, sendo que ambos encontram no provimento seu ponto de referência.

A partir dessas premissas, a legitimação para agir amplia-se de uma forma inevitável, uma vez que esta é estabelecida não em razão de quem pede ou contra quem se pede, mas em função do provimento ao qual se visa e que passa a ser contemplado por hipótese (até porque não se pode determinar o conteúdo, desde a propositura da ação, do provimento que buscam os contraditores).

Entretanto, se no processo jurisdicional individual são legitimados a atuar na condição de contraditores todos aqueles que sofrerão os efeitos decorrentes do provimento, no processo coletivo essa atuação é atribuída a terceiros que representam os direitos dos titulares, configurando uma hipótese de legitimação extraordinária, exceção ao princípio do contraditório, resultante expressamente da lei ou mesmo da constituição, conforme aduz Gonçalves (1992, p. 149).

Uma vez que o acesso à jurisdição inclui direitos individuais e metaindividuais, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a previsão das ações coletivas apresenta-se perfeitamente compatível com a ordem constitucional brasileira, que garante o acesso

à jurisdição na hipótese de lesão ou ameaça a direito, qualquer direito.

A partir do conceito renovado de parte, é possível compreender a eficácia *erga omnes* e *ultra partes* decorrentes das decisões judiciais nas ações coletivas não como redefinição do conceito de coisa julgada, mas como efeitos que decorrem da natureza coletiva do direito e que incidem sobre a esfera jurídica dos seus titulares, a coletividade determinada ou indeterminada, substituída na ação pelo legitimado extraordinário.

A atuação da Defensoria Pública como legitimada extraordinária decorre de expressa previsão legal, nos termos do inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85, nos termos da alteração promovida pela Lei nº 11.488/07, e se dá em substituição à coletividade determinada ou não dos titulares do direito coletivo lesado ou ameaçado.

Considerando que os direitos metaindividuais são tutelados de modo indistinto quanto à condição econômica/financeira dos seus titulares, a atuação da Defensoria Pública não poderia ser, em princípio, vedada, já que não há como excluir do universo dos titulares do direito objeto da ação aquele que, em função da sua condição específica, tem direito à representação pelo órgão público defensor. Essa questão será examinada no próximo tópico.

#### **4. As funções institucionais da Defensoria Pública como fundamento de sua legitimidade ativa**

A Defensoria Pública foi concebida pelo Constituinte de 1988 como uma “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”; trata-se, portanto, de uma função essencial à jurisdição. Porém, somente

com a edição da Lei Orgânica Nacional, Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, deu-se a sua estruturação, embora já existissem Defensorias Públicas nos estados do Rio de Janeiro (instalada desde 1954) e em Minas Gerais (instituída em 1981) (BRASIL, 1994).

A Lei Complementar nº 80/94 prescreve normas gerais de organização da Defensoria Pública, estabelecendo, em seu art. 4º, suas funções em um rol exemplificativo, dentre as quais se destaca a de “promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Em seu art. 3º, estabelece a Lei Complementar 80/94 os objetivos a serem alcançados pela Defensoria Pública, quais sejam: “I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 13), em sua clássica obra a respeito do acesso à justiça, defendem a adoção de técnicas processuais que sirvam a funções sociais, asseverando: “O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”

Constata-se, a partir da leitura dos dispositivos acima mencionados, bem como dos preceitos do acesso a uma ordem jurídica justa, que a Defensoria Pública passa a desenvolver funções políticas, ampliando o seu raio de atuação. Ademais, a atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos metaindividuais não é

recente. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) já previu, em seu artigo 82, tal legitimação, *in verbis*: “III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”, tendo sido, por diversas vezes, reconhecida a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas pela jurisprudência.<sup>3</sup>

Inclusive em relação à propositura de Ação Civil Pública, os tribunais superiores já haviam se manifestado favoravelmente à legitimidade da Defensoria, sustentando essa legitimidade na relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana, entendido como núcleo central dos direitos fundamentais.<sup>4</sup>

A exclusão da legitimação para a ação da Defensoria Pública poderia ser discutida em razão da sua adequação, e não em função da natureza do direito metaindividual objeto da ação.

No sistema estadunidense, para a propositura de ações de classe, não basta simplesmente o reconhecimento legal da legitimidade *ad causam*, devendo o legitimado demonstrar que a sua representação dá-se de modo adequado (*adequacy of representation*), o que configurava naquele sistema uma questão de devido processo legal (GIDI, 2002, p. 66). No Brasil, a verificação da adequação da representação do legitimado, apesar de não constituir uma exigência feita pelo legislador brasileiro, pode ser aferida pelo juiz (GRINOVER; MENDES; WATANABE, 2007, p. 14).

<sup>3</sup> REsp 555.111/RJ, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJe 18/12/06; REsp 912.849/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJe 28/4/08.

<sup>4</sup> REsp 1.106.515/ MG, Tel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02/02/2011. ADI 558-8/ RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJe 26/03/93.

Antonio Gidi (2007, p. 107) leciona sobre o requisito da adequação da representação sustentando que “o requisito não exige que o representante seja perfeito ou o melhor membro disponível para a função de representar o grupo. Basta que o representante seja adequado a tutelar vigorosamente os interesses coletivos para que o requisito seja satisfeito”.

Quanto aos direitos coletivos e individuais homogêneos, não há que se falar em falta de adequação da representação da Defensoria, uma vez que os titulares desses direitos seriam perfeitamente determináveis, sendo os necessários facilmente identificáveis na demanda.

O problema, segundo a CONAMP, seria quanto à defesa dos direitos ou interesses difusos, uma vez que extrapolaria o público-alvo determinado pela Constituição de 1988.

Segundo o dicionário Houaiss, difuso quer dizer: “que se espalha largamente por todas as direções; disseminado, divulgado”. Hugo Nigro Mazzilli conceitua os direitos difusos como “um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas” (2011, p. 53). Assim, a titularidade dos direitos difusos, por sua natureza, não seria identificável, sendo exatamente este o principal argumento exarado na ADI nº 3.943, já que, de alguma forma, os necessários estarão inseridos entre os titulares desses direitos e, por conta disso, a legitimidade da mesma se justificaria. O reconhecimento da constitucionalidade da legitimidade extraordinária da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública, tendo por objeto a defesa de direitos difusos, ao contrário do que quer defender a CONAMP na ADI nº 3.943, somente contribui para a efetivação do direito de acesso a uma ordem jurídica justa.

Ainda assim, a adequação da legitimidade da Defensoria Pública, no que tange ao exercí-

ção da ação civil pública, somente pode ser discutida à luz de cada caso concreto, ou seja, a cada ação proposta, não podendo a sua atuação ser excluída de modo geral e antecipado em função da qualificação difusa do direito objeto da ação.

Esse entendimento pode ser fundamentado, inclusive (e principalmente), sob os auspícios do princípio democrático, que, segundo Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 567), alicerça toda a ordem jurídica e social e “constitui o mais importante eixo que alimenta e sustenta a transformação social com justiça”.

## 5. Conclusões

A legitimação para agir nas ações coletivas, sobretudo na Ação Civil Pública, deve ser definida à luz do modelo processual constitucional brasileiro e do modelo processual coletivo que o integra, ambos caracterizados pelo contraditório, elemento determinante do processo no contexto do estado democrático. Nesse sentido, a legitimidade para a ação coletiva deve ser compreendida segundo seus elementos característicos fundamentais.

A legitimidade ativa da Defensoria Pública para a promoção da ação civil pública depende exclusivamente de prévia autorização legal e da compatibilidade com as suas funções institucionais, sendo que o segundo requisito somente pode ser aferido, como afirmado anteriormente, à luz de cada ação ajuizada. Por outro lado, seu exercício dá-se de modo autônomo em face da vontade do(s) titular(es) do direito material, excluído(s) do procedimento e substituído(s) pelo legitimado extraordinário, o que permite concluir que a legitimidade para a ação nas ações coletivas consubstancia hipótese de substituição processual.

Ressalte-se também que a inserção da Defensoria Pública no rol dos legitimados à propositura de ação civil pública representa o atendimento, pelo legislador, dos anseios sociais para a tutela dos direitos metaindividuais, ao promover a proteção dos direitos fundamentais e a defesa da democracia, pilares do Estado Democrático de Direito.

## Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 22 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jan. 1994.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado n. 131 de 2003. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei de Ação Civil Pública, para legitimar os Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores para a sua propositura. *Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal*, Brasília, 2003. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=56726](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=56726)>. Acesso em: 22 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jan. 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3. 943. Relator: Ministra Cármen Lúcia. DJ, 18 fev. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1º mar. 2010.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 62, abr./jun., 1991.

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

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947. v. 1.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

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.

\_\_\_\_\_. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, n. 61, 2002.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

\_\_\_\_\_; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). Tutela coletiva: 20 anos da Lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos: 15 anos do código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1996.

REDENTI, Enrico. *Profili Pratici del diritto processuale civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1939.

SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Direitos fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Rio: Editor Borsoi, 1973.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. v. 1.





# Repúblicas em conflito

## A separação dos poderes *made in America*

CLAUDIO FELIPE ALEXANDRE MAGIOLI NÚÑEZ  
FERNANDO QUINTANA

### Sumário

1. Introdução. 2. A revolução norte-americana: liberação-fundação. 3. O Republicanismo Liberal. 4. O Republicanismo Cívico. 5. Considerações finais.

### Introdução

Claudio Felipe Alexandre Magioli Núñez é bacharel em Direito e mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ).

Fernando Quintana é doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Professor associado e coordenador do mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

É lugar-comum, ao se falar sobre a separação dos poderes, lembrar o nome de Montesquieu. Ele é tido como o criador do conceito de separação dos poderes na modernidade. Também é comum que nos recordemos dos *Founding Fathers* ou, mais especificamente, dos *Framers*<sup>1</sup>, quando falamos da primeira aplicação da separação dos poderes montesquiana em um “governo real”. Ocorre que os norte-americanos nunca efetivaram realmente a proposta de Montesquieu apresentada em sua obra-prima, “O Espírito das Leis”<sup>2</sup>; na verdade, usando tipicamente a engenhosidade

---

<sup>1</sup>O uso da terminologia “*Framers*” é adotada por Robert Dahl (2001, p. 4), ou seja, para aqueles que estiveram presentes na Convenção de Filadélfia de 1787, debatendo e elaborando o texto final da Constituição norte-americana. O termo é útil uma vez que alguns dos ícones da Revolução Americana de 1776 – que com certeza se inscrevem no rol dos “*Founding Fathers*”, tais como John Adams, Tom Paine e Thomas Jefferson – estavam ausentes na Convenção de 1787.

<sup>2</sup>O Poder Judiciário dos EUA está bem distante do juiz como “boca da lei” no modelo de Montesquieu. Além disso, a ideia de separação de poderes desenvolvida por Montesquieu (ou seja, o “governo moderado”) pode ser compreendido como uma releitura do conceito de “governo misto” polibiano. Montesquieu utiliza-se da teoria dos corpos intermediários, de forma que cada função específica do Estado (legislativa, executiva e judicial) corresponda à uma determinada classe social que compunha a sociedade inglesa (*Commons*, Rei e Aristocracia). Se Montesquieu parece colocar o Executivo e Legislativo em pé de igualdade, desenvolvendo a teoria dos *checks and balances*, não se pode dizer o mesmo do Judiciário cujo

e inventividade norte-americana, os *Framers* criaram algo que não havia sido teorizado antes. O estudo da proposta americana da separação de poderes é importante, na medida em que acabou servindo como modelo de exportação para as repúblicas que nasceriam a partir de então.

Mas por que os norte-americanos criaram um modelo de separação que serviu para dividir um Estado que estava por nascer vencendo uma guerra contra um dos maiores impérios do seu tempo? Ao mesmo tempo, o período regido pelos “Artigos da Confederação”, que podem ser considerados a norma constitucional que até então regia os Estados Unidos, apresentava alguns problemas na coesão política das “colônias independentes” após dez anos de sua utilização (1776-1787), o que levou um grupo de líderes políticos a pensarem numa forma de governo mais centralizada, justamente para formar uma “união mais perfeita”<sup>3</sup>.

A resposta possivelmente pode ser encontrada nas bases econômico-filosóficas dos *Framers* que permitiram que um mercado livre dos monopólios comerciais pudesse desenvolver-se de forma protegida por um governo central federal, ao mesmo tempo em que se adotava um modelo de separação para se evitar a concentração de poder político baseado numa democracia representativa e rejeição à democracia direta. Trata-se da chamada “solução madisoniana”.

Porém, o modelo surgido na Convenção de 1787 não era um entendimento pacífico.

---

papel é muito reduzido, sendo visto como uma vertente do próprio Executivo, ou seja, um Executivo relativo à aplicação do direito civil. Assim, na versão Montesquiana dos *cheks and balances*, o Judiciário é visto como um poder nulo. O Judiciário em Montesquieu não entra na lógica dos *cheks and balances*, ou seja, não cuida de interesses da mesma natureza porque cuida de questões relacionadas aos particulares (casos concretos), enquanto os Poderes Executivo e Legislativo são aspectos diferentes da mesma “vontade geral” (MONTESQUIEU, 1993, p. 174-176).

<sup>3</sup> Preâmbulo da Constituição norte-americana que sintetiza a proposta mediada e elaborada na Convenção de 1787.

Longe disso. Duas ideologias diferentes de República digladiaram-se antes, durante e após a Convenção de 1787: o *republicanismo cívico* e o *republicanismo liberal*.

Cabe frisar que o termo ideologia será empregado no sentido de um corpo mais ou menos estruturado de ideias para justificar algo ou a um conjunto de crenças compartilhadas que servem de guia para o comportamento das pessoas. Assim, ideologia compõe um discurso de agrupamento e de dinâmica para ordenar e mobilizar energias ou como discurso que projeta uma realidade que ainda não existe, isto é, que olha para o futuro apostando na disjunção entre espaço de experiência e horizonte de expectativas.

Assim, entendido que havia duas formas de conceber a república, adotamos um enfoque metodológico que segue autores da história dos conceitos, no sentido de que a separação dos poderes é um conceito “controverso” que tem uma longa história, com consequências políticas previstas ou imprevistas. Um conceito desenvolvido por “especialistas e não especialistas”: teóricos, líderes, panfletários, revolucionários e outros divulgadores e propagandistas. Mais especificamente, pretendemos mostrar que a separação de poderes como ideia-força rege o discurso e a prática dos atores que dela se apropriam, dando lugar a interpretações que se entrecruzam, se influenciam, mas que também rivalizam entre si.

Segundo autores da nova história, há uma distinção entre “palavras” e “conceitos”, sendo importante ressaltar que as palavras podem até ter um único significado, mas conceitos são sempre suscetíveis de inúmeros significados que, por isso mesmo, lhes confere uma necessária ambiguidade. Além disso, só é possível estudar conceitos levando-se em consideração o quadro linguístico em que se encontra inserido, ou seja, o contexto do conceito. Além do mais,

cabe destacar a “mudança contextual”: os conceitos sofrem transformações no tempo. A dimensão pragmática da linguagem é importante, já que permite mostrar como novos significados são incorporados ao conceito. Em resumo, é importante perceber que todo conceito é portador de muitas camadas temporais, todas ainda presentes, mas cujos significados apresentam diferentes *durées* (JASMIN; FERRES JÚNIOR, 2006, p. 24-29).

Assim sendo, partindo do pressuposto nietzschiano de que “não é definível o que tem história”<sup>4</sup>, procuramos analisar a “Separação dos Poderes” encarnada nas tensões concretas da realidade, e não pairando, *in vacuo*, no céu tranquilo das ideias, visando o presente artigo sublinhar, mas especificamente, a polissemia do conceito de separação de poderes na ocasião de elaboração da Constituição dos Estados Unidos em 1787. Mas, antes de começar, convém fazer uma breve referência sobre o que caracterizou a revolução norte-americana.

## 2. A revolução norte-americana: liberação-fundação

Segundo Hannah Arendt (1988), em sua obra “Da Revolução”, é possível observar duas acepções para a palavra revolução: o primeiro é relativo ao momento de obtenção da liberdade individual, ou seja, uma fase de libertação do jugo de um governo despótico; o segundo é relativo ao momento da criação de um novo governo após o período de libertação. Sendo assim, revolução norte-americana pode ser compreendida como *liberatio* mais *foundation*.

Essa tese pode ser ilustrada com base em registros jornalísticos da época da revolução: “quando perguntaram o motivo da luta (pela independência), a maioria do exército respondeu, até ali, que era em defesa do país e de suas legítimas liberdades enquanto ingleses nascidos livres. Mas, depois do rompimento com a Inglaterra, um futuro cheio de coisas boas e grandiosas ia acontecer”. E, também, como se lê em *New England Chronicle*: “quando mais entrarmos no campo da independência, nossa perspectiva irá se expandir e brilhar, e uma república total logo completará a nossa felicidade” (MCCULLOUGH, 2006, p. 67, 76-77).

Essa opinião é compartilhada por vários especialistas contemporâneos que destacam, em relação à ideologia que domina a revolução norte-americana, o seguinte: a separação da Inglaterra aparece como uma libertação da opressão (*liberatio*) e, também como criação de algo novo (*foundation*) que implica algo mais que a substituição de um monarca, uma vez que está em jogo o desenho de uma nova institucionalidade centrada na divisão dos poderes.

---

<sup>4</sup>Genealogia da Moral, II, §13 (NIETZSCHE, 2009).

Adotando como referência os dois principais eventos revolucionários que marcam o século XVIII, Arendt afirma que a revolução norte-americana não foi igual à do Velho Mundo. A primeira foi realizada em nome da liberdade e a segunda, em nome da necessidade – contra os dois flagelos que sacudiam a França na época: a tirania política e a miséria. Apesar de a autora admitir que ambos os fenômenos – violência e revolução – andem juntos, a revolução nos EUA correspondeu a uma guerra de libertação e não de defesa/agressão como no caso da França. Ademais, em termos políticos, a revolução norte-americana implicou a efetivação de um novo governo e não a restauração/conservação do governo (como no caso da Inglaterra). Assim, nesse momento de fundação de um novo governo, está em jogo o desenho de um novo arcabouço institucional que será dado, principalmente, pela interpretação e sua aplicação concreta à nova realidade da separação dos poderes (*checks and balances*):

“Aquilo que os homens da Revolução americana contavam como sendo as maiores inovações do novo governo republicano, a aplicação e a elaboração da teoria de Montesquieu sobre uma divisão de poderes dentro do corpo político, desempenhou um papel muito diminuto no pensamento dos revolucionários europeus” (ARENDR, 1988, p. 19).

Dessa forma, a revolução norte-americana, após o momento de rompimento com a metrópole, enfrenta um novo problema: a necessidade de criar um novo governo. A primeira fase da revolução deve ser compreendida como uma forma de “restauração”, ou seja, uma tentativa de se retornar aos antigos direitos e liberdades que tinham trazido os colonos da Inglaterra. (WOOD, 1991, p. 43). É o momento em que se luta contra o despotismo que havia violado os “antigos direitos dos ingleses”. Não é um mo-

mento de algo novo, mas de retorno ao antigo. Contudo, *pari passu* podemos observar um segundo momento, a necessidade de se criarem novas instituições que possam conciliar liberdade e poder. Este é o segundo significado contido na palavra “revolução”. É o *novus ordo seclorum* pretendido pelos Pais Fundadores, conscientes de que estavam a realizar algo novo para as gerações futuras, onde eles se tornariam os ancestrais fundadores de uma nova civilização. Assim, na visão de Arendt, a revolução norte-americana foi inovadora no sentido de que não apenas restaurava a liberdade, mas levava-a para um ponto novo ao se discutir politicamente a própria natureza do poder. Segundo a autora, o problema não era mais a questão do abuso do poder, mas a conciliação do poder com a liberdade, no contexto de um novo arranjo institucional (a república):

“Os Estados não devem renunciar aos seus poderes em favor do governo nacional, pois assim os poderes do governo central seriam enormemente ampliados [...] Esse deve ser estabelecido como um controle sobre o exercício dos consideráveis poderes que ainda devem permanecer com os governos estaduais” (CORWIN, 1925 apud ARENDR, 1988, p. 122)<sup>5</sup>.

Isso porque o receio dos *Founding Fathers* era dotar o governo de excessivo poder; mas, por outro lado, também receavam a impotência. Ou seja, era preciso encontrar uma fórmula de refrear o poder sem aniquilá-lo e, ao mesmo tempo, garantir a liberdade. Nesse ponto, Montesquieu influenciou muito os norte-

---

<sup>5</sup> Madison (1787), no Artigo 14 do Federalista, no momento em que defende o equilíbrio do poder entre governo central e governos estaduais, declara: se os governos dos estados fossem abolidos, o governo central estaria obrigado, pelo princípio da sua própria conservação, a integrá-los com sua justa autoridade. Essa idéia é defendida também por Jefferson, mas com o intuito de uma maior descentralização do poder central.

-americanos, pois parece ter sido o único que relacionou diretamente “poder” e “liberdade”, além de ter descoberto a fórmula para que isso fosse possível: o poder é freado pelo poder! A fórmula de Montesquieu consegue refrear o poder, evitando o absolutismo, mas, simultaneamente, não o torna impotente. Contra um forte poder, somente um outro forte poder. Isso era fundamental aos norte-americanos que tinham que construir uma nação a partir de treze estados soberanos: como criar um outro poder sem retirar os poderes dos estados? John Adams talvez tenha sido o maior propugnador teórico dessa solução, não acreditando nas concepções de que o poder é indivisível. Assim, parecia que a melhor solução seria uma Confederação<sup>6</sup> que uniria os benefícios<sup>7</sup> da monarquia em assuntos externos e da república nos assuntos internos (*E Pluribus Unum*). Nesse sentido, a Constituição norte-americana teria consolidado a revolução, ou seja, teria garantido as liberdades obtidas na fase da liberação; isto é, ter-se-ia conseguido, segundo expressão da autora, a *constitutio libertatis*<sup>8</sup> (ARENDT, 1988, p. 122-123).

Há um outro ponto para o qual Arendt chama a atenção no caso da revolução norte-americana: a experiência colonial de autogoverno. Os colonizadores americanos, ao abandonarem sua

---

<sup>6</sup> A Confederação que realmente existiu nos EUA antes de sua Constituição foi duramente criticada pela sua impotência, o que acabou por levar os Federalistas a criarem o movimento de “reforma” no sentido de se criar uma “união mais perfeita”.

<sup>7</sup> O que diferencia uma Confederação de uma simples aliança é que na primeira se criam órgãos para execução de determinadas finalidades que, historicamente, foram de ordem militar para defesa externa contra outros Estados. Portanto, o benefício da Confederação estaria numa unidade frente a um inimigo comum, sem que haja perda da soberania dos estados que a compõem (LEVI, 1998, p. 218-220).

<sup>8</sup> A solução não era unânime, pois os antifederalistas e Thomas Jefferson acreditavam que a Constituição construiu a União às custas do poder dos Estados, bem como, pelo seu distanciamento do povo, o governo tornou-se perigosamente sem controle direto de seus governados.

terra natal, a Inglaterra, e, antes de se instalarem nas novas terras, tinham o costume de celebrar “pactos de colonização” (ARENDT, 1988, p. 134-135), sem menção ao monarca inglês, mas que os unia mutuamente para fundarem uma nova cidade, confiando em sua própria capacidade de se governarem. Com base nestes pactos, regulamentos e leis, eram gerados para reger aquela comunidade. Posteriormente, esses regulamentos eram comumente confirmados pela coroa inglesa mediante cartas régias. Essa prática interessa-nos por dois aspectos: primeiro, porque os norte-americanos viam-se capazes de fundar algo novo a partir da confiança que depositavam uns nos outros, sem que isso afetasse a soberania da Coroa; segundo, porque era costume que o próprio monarca confirmasse tais pactos.

Dentro dessa lógica, fica evidente que a primeira fase da revolução, a *liberatio*, era um retorno aos “antigos direitos”, que a Coroa sempre havia respeitado até então. Por outro lado, na fase da *foundation*, nada havia de tão diferente no ato de fundar algo por meio de um pacto de consentimento mútuo, o que ficou bem evidenciado pelo rompimento das colônias e a elaboração de suas constituições estaduais logo em seguida, não havendo hiato algum no poder. Assim, os norte-americanos já praticavam um poder de fundar, vindo do próprio povo, enquanto reconheciam a autoridade do rei ao aceitarem as confirmações das cartas régias. Os colonos faziam a distinção dos antigos romanos entre *potestas* e *auctoritas*, de forma que havia uma perfeita vivência colonial da máxima: *Cum potestas in populo auctoritas in sentu st* (Cícero)(A autoridade reside no senado; o poder, no povo). Dessa forma, na visão de Arendt, o problema genuinamente norte-americano era a fundação de um novo poder com uma nova autoridade em substituição à Coroa inglesa (ARENDT, 1988, p. 142-143).

Em relação à fundação, Arendt relembra que os Pais Fundadores tomaram para si o lema *novus ordo seclorum* mediante uma alteração do verso do poeta romano Virgílio: *magnus ordo seclorum*. Tal alteração deu-se justamente pela consciência dos *Fathers* de que eles faziam algo novo, fundaram uma nova Roma, e não simplesmente restituíram a grandeza da antiguidade. Isso porque, consoante o poema de Virgílio (“Eneida”), para os romanos fundar era um ato de restabelecimento e de reconstrução. Além disso, Arendt (1988, p. 162) recorda-nos que a autoridade do Senado Romano residia no fato de ela ser formada pelos patrícios, ou seja, pelos fundadores de Roma, de modo que era o próprio ato de fundar que estabelecia a autoridade e também a estabilidade e permanência do governo. Isso porque “fundação”, “aumento” e “conservação” estavam intimamente relacionados na concepção romana, o que parece ter sido adotado pelos *Founding Fathers*. Assim, eles tinham percebido que ou eles seriam fundadores de algo novo e conseqüentemente se tornariam os ancestrais da nova cidade (*Fathers*) ou eles teriam fracassado (ARENDDT, 1988, p.163).

### 3. O Republicanismo Liberal

Em termos político-ideológicos, convivem (e digladiaram-se) dois conceitos distintos sobre o que deveria ser uma República, o que deveria ser feito para se obter um “bom governo”, quem deveria governar de fato e como a felicidade seria alcançada. Após a Guerra de Independência, rompendo-se os laços com a Inglaterra na primeira fase da *liberatio*, segue-se a necessidade de formar um novo governo para as antigas colônias. O momento da *foundation* é marcado inicialmente pela fase dos *Articles of Confederation*, a primeira norma constitucional que reuniu as antigas colônias – agora estados independentes – em uma confederação. Apesar

de em todo o período a guerra revolucionária ter sido conduzida sob o manto da confederação, após a derrota definitiva da antiga Metrópole, o modelo confederativo estava em colapso e em total paralisia. Não se conseguia sequer reunir quórum suficiente para deliberações (BEEMAN, 2009, p. 14-16) e os conflitos entre os estados não eram resolvidos graças ao dispositivo que exigia unanimidade para alteração da norma constitucional vigente<sup>9</sup>. James Madison foi o mais atuante líder político que se opunha ao modelo confederativo, entendendo que este era uma ameaça à Revolução Americana. Para ele, a única saída era a reformulação dos *Articles* para se criar uma República com um governo central, em que as miríades de opiniões e as paixões locais pudessem ser contrabalanceadas por uma nova estrutura política nacional construída sobre a separação de poderes (LLOYD, 2006-2012).

Além do mais, uma democracia representativa agiria como uma espécie de filtro às paixões populares, protegendo o legislativo nacional e evitando o predomínio dos interesses temporários ou facciosos sobre o bem comum, como foi bem exposto no *Federalist Papers* nº 10.

Essa visão de República como sinônimo de democracia representativa – a solução madisoniana – correspondia ao modelo da república liberal, que se centrava na defesa dos direitos individuais, na proteção à propriedade privada, no livre comércio e na procura da felicidade individual. Assim, evitar-se-ia o maior mal da democracia direta: o triunfo de maiorias populares opressivas que, movidas pela paixão e pelo interesse de um grupo, sacrificariam a minoria. Com essa proposta de democracia representativa, Madison entendia que estava errada a tese montesquiana de que repúblicas só podem

<sup>9</sup>Trata-se do art. XIII dos “*Articles of Confederation*” (U.S., 1977).

sobreviver em pequenos territórios. Justamente num grande território, mediante o mecanismo da representação, seria possível afastar as paixões populares e evitar a formação de facções. Assim, a massa indiferenciada do povo confiaria o governo a uma elite ou aristocracia natural (e não numa inútil aristocracia de berço como no *Ancien Régime*) que, por seu próprio preparo e mérito, é a legítima representante do povo. Tal situação era possível, segundo o federalista, por meio do método eleitoral – que supõe, por sua vez, uma limitação ao exercício do sufrágio universal. Essa concepção de aristocracia natural pode ser bem compreendida nas palavras de Alexander Hamilton no *Federalist n° 35*:

“A ideia de uma representação real de todas as classes do povo, por pessoas de cada classe, é totalmente utópica. [...]. Mecânicos e artesãos estarão sempre inclinados, com poucas exceções, para dar seus votos para os comerciantes, em detrimento de pessoas de suas próprias profissões ou ofícios. [...] Eles sabem que o comerciante é o seu patrono natural e amigo, e eles são conscientes de que não importa quão grande a confiança que depositam em seu próprio bom senso, seus interesses podem ser mais eficazmente promovidos pelo comerciante do que por eles próprios. Eles são conscientes que seu modo de vida não lhes deu esses talentos adquiridos, sem os quais os talentos naturais, por grandes que sejam, são quase sempre inúteis nas deliberações de uma assembleia; e conhecem que a influência e o peso dos conhecimentos superiores dos negociantes devem pô-los em melhores circunstâncias de combater melhor qualquer disposição contrária aos interesses do comércio e das manufaturas que possa surgir numa assembleia. Estas considerações, e muitas outras que poderiam ser mencionadas, provam, e a experiência confirma, que os artesãos e fabricantes normalmente estarão dispostos a dar seu voto aos comerciantes e aqueles a quem eles recomendarem. Devemos, portanto, considerar os comerciantes como os representantes naturais de todas essas classes da comunidade” (HAMILTON, 1788, tradução nossa).

Nessa visão, não há incompatibilidade entre sociedade baseada no comércio, a presença de uma massa diferenciada e a virtude republicana, uma vez que a atividade comercial revelaria essa aristocracia natural, ou seja, aqueles que estão mais aptos a governar em nome do povo.

Mas será que o pensamento econômico dos *Framers* teria influenciado, de alguma forma, a criação da Constituição norte-americana? Essa pergunta foi respondida positivamente para alguns acadêmicos, mas com concepções bem diversas.

O pensamento do historiador americano Charles A. Beard<sup>10</sup>, em 1913, apresentou sua obra “*An Economic Interpretation of the Constitution of*

---

<sup>10</sup> Uma das dificuldades da análise da obra *An Economic Interpretation* de Charles Beard é justamente a sua imprecisão terminológica que permite uma interpretação bastante elástica do que seria a sua tese. Beard continuamente se utiliza, como termos intercambiáveis, “interesses econômicos” e “interesse de classe”; “classe” e “grupo”; “interpretação econômica”



*the United States*”, que passou a ser um *standard* da academia norte-americana até a década de 1950. (MCGUIRE, 2001). Em resumo, Beard entende que os *Framers* teriam defendido seus próprios interesses econômicos na elaboração da Constituição durante a Convenção de 1787, e, portanto, a Constituição seria um “documento econômico”. Assim, havia dois grupos de interesses econômicos divergentes: os Federalistas, que defendiam um governo nacional forte e centralizador, cujos interesses econômicos estavam primordialmente ligados aos proprietários de bens móveis e ao capital circulante; e os Antifederalistas, cujos interesses econômicos estavam mais ligados à propriedade imóvel rural e desejavam um governo mais descentralizado. (MCGUIRE, 2001). Dessa forma, a proposta vencedora na Convenção de 1787 foi a dos que tinham interesses comerciais e financeiros, já que seus interesses ficaram mais resguardados com a claras regras sobre comércio, exportação e mercado de crédito adotadas na Constituição.

Por volta dos anos 1950, a tese de Beard passou a ser criticada, especialmente pelos trabalhos de Robert. E. Brown (1956) e Forrest McDonald (1958). Robert Brown conclui que era infundada a tese de Beard de que a América do século XVIII não era democrática, que os mais abastados eram os principais apoiadores da Constituição e que os proprietários de bens imóveis eram sua opositora. Já McDonald, analisa as condições econômicas pessoais, os interesses econômicos e os votos dos delegados da Convenção que elaborou a Constituição e concluiu que não era possível utilizar um fundamento em termos de interesses econômicos pessoais dos *Framers* para explicar a criação da Constituição (MCGUIRE, 2001). A tese de

Beard sofreu ostracismo no meio acadêmico dominante, de forma que “virtualmente todos os historiadores norte-americanos rejeitaram a análise de Beard, chamando-a de tosca e tola” (MILLER, 1986, p. 155).

Apesar de ter sido em grande parte desconsiderado durante um tempo, o trabalho de Beard continuou servindo de inspiração. O neobeardiano Gordon Wood, por volta de 1987 defendeu a ideia de que a discussão principal entre os *Framers* se deu entre os partidários da democracia de um lado e os partidários da aristocracia de outro. (SILVIA, 2007, p. 6, 8). Note-se que a proposta de Wood não tem haver com as formas clássicas de governo, mas com uma postura mais democrática ou antidemocrática dos *Framers* em 1787. Assim, os Federalistas criaram um mecanismo institucional que obstasse ou mitigasse os efeitos das democracias locais dos estados (SILVIA, 2007, p. 8).

Robert McGuire é o responsável pelo que ficou conhecido como “nova” interpretação econômica da Constituição norte-americana, conduzindo estudos que culminaram com a publicação de sua obra “*To Form a Perfect Union*”. McGuire conclui que há uma interpretação econômica válida da Constituição dos EUA (SILVIA, 2007, p. 10). A pesquisa de McGuire fundamenta-se em uma nova metodologia de pesquisa: um estudo econométrico da Constituição mediante análise dos padrões das votações em assuntos específicos e sua correlação com os interesses econômicos e não-econômicos dos delegados na Convenção de 1787 (MCGUIRE; OHSFELDT, 1986, p. 79). Assim, McGuire leva em consideração os interesses puramente econômicos e os interesses ideológicos e aplica uma metodologia econométrica na qual cada delegado é visto como um indivíduo que procura maximizar seus benefícios líquidos das suas votações e a regressão logística multivariada como técnica estatística.

---

e “determinismo econômico” (MCGUIRE; OHSFELDT, 1986, p. 511). Essas imprecisões terminológicas valeram a Charles Beard o rótulo de “marxista” (SILVIA, 2007, p. 4).

O resultado geral das pesquisas de McGuire indica que a razão primária para se estabelecer um forte governo nacional na Constituição era criar as condições econômicas favoráveis para corrigir as inadequações do antigo governo norte-americano sob os “Artigos da Confederação” (SILVIA, 2007, p. 13).

Concordamos com SILVIA (2007, p. 16) em que é necessário admitir que as tentativas acadêmicas de se identificar um fator exclusivamente determinante para a criação da Constituição dos EUA em 1787 – entre as motivações políticas, sociais e econômicas –, não nos darão uma ideia precisa da situação. É necessário levar em consideração os três motivos – políticos, sociais e econômicos – como necessários e como fatores que atuaram em conjunto para que os *Framers* desenvolvessem a Constituição norte-americana. Dentro desse espírito, entendemos ser possível harmonizar, em certa medida, esses fatores uma vez que as ideologias políticas, econômicas e sociais podem entrelaçar-se de alguma forma.

Uma das maiores preocupações dos *Framers* era como criar um governo que afugentasse o despotismo. A Revolução Americana ocorreu principalmente em função da oposição dos colonos americanos ao que era considerado um governo despótico do rei George, especialmente com suas medidas mercantilistas de criação de monopólios comerciais, bem como das exorbitantes taxações sem que fosse concedida a representação dos colonos junto ao Parlamento inglês.

Montesquieu foi um dos maiores influenciadores no pensamento dos *Framers*, sendo citado tanto pelos federalistas quanto pelos antifederalistas<sup>11</sup>, ou seja, era usado para justificar

---

<sup>11</sup> O termo “antifederalista” foi cunhado pelos federalistas. O vocábulo “federalista”, durante a Revolução Americana e durante a vigência dos *Articles*, significava aqueles que apoiavam as colônias reunidas em uma confederação.

os mais variados pontos de vista. (RICHTER, 1977, p. ix). Sua solução para a questão do despotismo – a separação de poderes –, teve importância capital no desenho constitucional dos norte-americanos. Porém, algumas dificuldades devem ser levadas em conta. Uma delas era que Montesquieu elogia o governo monárquico, o que com certeza estava fora de cogitação para os *Framers*. Portanto, só restaria uma República como forma de governo a ser implementada. Além disso, a República sempre foi vista, a partir de Maquiavel, como uma forma de governo que procura garantir a liberdade de seus cidadãos, ideal que também aparece em Montesquieu. Porém, a República trazia um problema a ser considerado pelos *Framers*: a questão da sua estabilidade. As Repúblicas não tinham tradição histórica de estabilidade. Além disso, o modelo de separação de Montesquieu tinha sido bastante combatido pelos defensores da soberania, caudatários das ideias de Hobbes. Ora, um governo fragmentado em poderes dentro de uma sociedade só poderia levar ao estado de guerra civil. Portanto, se a República parecia ser uma forma de governo que visava a garantir a liberdade, por causa de sua instabilidade, parecia ser pouco efetiva para manter essa mesma liberdade.

Uma outra dificuldade: o modelo de governo moderado de Montesquieu era intrinsecamente ligado à teoria dos corpos intermediários. Ora, como importar esse modelo onde não havia rei nem aristocracia? A composição social dos Estados Unidos demandou dos *Framers* uma considerável dose de engenharia para criar

---

Portanto, “federalista” podia ser compreendido como “patriota”. Justamente aqueles homens que se intitularam “federalistas” eram os que desejavam banir a confederação, mas eles se apropriaram do termo para uso retórico, cunhando a expressão “antifederalistas” para seus opositores que na verdade eram aqueles que defendiam a confederação. A ideia era que os “antifederalistas” fossem vistos como antipatrióticos (MAIN, 1961, p.viii-xii).

suas instituições, colocando um presidente no lugar do rei e um senado na posição dos lordes.

Mas importa ressaltar que os *Framers*, especialmente os Federalistas, tinham uma preocupação na questão da criação de facções dentro do Poder Legislativo, e esse argumento foi empregado para justificar o bicameralismo, uma vez que era uma forma de evitá-las. O Visconde de Bolingbroke, cujo pensamento também era conhecido na América (SWEENEY, 2004, p. 12), foi o primeiro idealizador do governo moderado na Inglaterra e acreditava, diferentemente de Hobbes, que os problemas das facções não era inevitável, ou seja, tinham uma causa que era justamente “o espírito do interesse privado” (MILLER, 1986, p. 159). Assim, era a preponderância do interesse privado sobre o interesse público que causava as perigosas facções. Essa visão está de acordo com a visão da mola que movia a República na obra de Montesquieu – a virtude – que significa o “amor à pátria” ou a amor à igualdade (MONTESQUIEU, 1993, p. 4). Porém, a proposta de Bolingbroke era vista, ela mesma, como facciosa, uma vez que o Visconde era um defensor da aristocracia proprietária de terras e via o crescimento do comércio como algo alarmante. (MILLER, 1986, p. 159). Obviamente, a proposta de Bolingbroke não teve aceitação entre os *Framers*, mas o problema das facções continuava.

David Hume desenvolveu o argumento de que a expansão do comércio alimenta as facções não violentas, o que justamente faria impedir a formação de facções violentas que poderiam levar a uma guerra civil. Em “*That Politics May be Reduced to a Science*”, Hume apresenta melhor suas ideias distinguindo as “partes de interesses” das “partes de princípios”. Assim, os interesses comerciais criavam facções, mas facções não violentas, com diversos interesses particulares, mas desejavam certa tranquilidade em função de suas atividades comerciais. Por

outro lado, justamente as “partes de princípios”, facções baseadas em opiniões diferentes sobre o governo e a religião (e portanto, ligadas aos interesses públicos), eram a causa das facções violentas (MILLER, 1986, p. 160).

Adam Smith – discípulo e amigo de David Hume – concordava com seu mentor em relação aos efeitos políticos benéficos advindos do comércio, ou seja, que o comércio era responsável por alimentar estas facções moderadas e não violentas. Sabemos que Adam Smith também era conhecido entre os *Framers* (SWEENEY, 2004, p. 20). Com base na Economia Política, os *Framers* tentaram resolver o problema das facções e da instabilidade política promovida pela separação dos poderes. Uma nação dedicada ao comércio conseguiria reunir os ideais da Revolução Americana da liberdade e da busca da felicidade: uma forma de governo moderada, baseada na separação de poderes e na forma republicana. A liberdade poderia ser atingida pela não formação das facções violentas mediante o incentivo das facções comerciais benignas que, com tantos interesses particulares, acabam por pulverizar as vontades dos homens, impedindo a formação das “partes de princípios” ligadas aos interesses públicos. Por outro lado, a coesão social na República seria justamente garantida pela mão invisível de Adam Smith atuando no livre mercado comercial, ou seja, os interesses particulares dos homens são espontaneamente direcionados para promover o interesse de toda a sociedade. (HEILBRONER, 1996, p. 54). A felicidade também poderia ser promovida pelo comércio, uma vez que, segundo Adam Smith (apud MILLER, 1986, p. 161), “nenhuma sociedade pode, certamente, ser florescente e feliz se a maior parte de seus membros é pobre e miserável”. Assim, a liberdade conseguida pelo esquitejamento do Leviatã (separação de Poderes) seria garantida pela mão invisível do Deus Mamon.

Porém, é importante ressaltar que, apesar de a metáfora da “mão invisível” de Adam Smith<sup>12</sup> ser comumente interpretada como a defesa de um mercado autorregulador que dispensa a intervenção econômica do governo, não parece ser esse o significado que pretendeu o pensador escocês em sua obra. Se ao mesmo tempo Adam Smith elogia o auto-interesse como a mola-mestra do mercado, esse mesmo auto-interesse é condenado quando visava a diminuir a competição, ou seja, é possível que o interesse particular ao mesmo tempo sirva tanto como forma de promover quanto de prejudicar o interesse coletivo. Smith resolve esse problema distinguindo o interesse particular de curto prazo do de longo prazo. O autor está discorrendo diretamente contra a política mercantilista (que pregava o monopólio de mercados), uma vez que demonstra que se essa política pode promover maiores lucros, os mesmos negociantes acabam prejudicados quando precisam comprar outros produtos que não comercializam, já que também terão altos preços (MILLER, 1986, p. 162-163). Portanto, o que Adam Smith defende é a competição em um livre mercado, o que garantiria a atuação da sua “mão invisível”. Desse modo, as leis do mercado de oferta e procura poderiam regular os preços e a produção de bens. O interesse particular e a competição, agindo um contra o outro, realizam a transição entre o atendimento do interesse particular e o atendimento dos interesses de toda a sociedade (HEILBRONER, 1996, p. 56). Ao que parece, Adam Smith escreveu sua obra *Wealthy of Nations* direcionada aos legisladores, porque acreditava em que a manutenção da livre competição no mercado comercial dependia, em grande medida, de um legislativo forte que regulamentasse o mercado com o propósito de garantir a competição e resistir aos argumentos dos mercantilistas (MILLER, 1986, p.163). Nesse ponto, Smith admite que a “mão invisível” de Mamon precisa de uma “mãozinha” do Leviatã, sem a qual não seria possível garantir a livre competição.

Porém, em que medida as ideias de Adam Smith podem ter influenciado os *Framers*? A obra de Adam Smith era bem difundida entre os *Founding Fathers* e os *Framers*, mas outros economistas também os influenciaram: Hamilton parece ter sido particularmente partidário de Sir James Steuart (SWEENEY, 2004, p. 20); Thomas Jefferson e Benjamin Franklin, dos fisiocratas franceses (MCDONALD, 1986, p. 85); e John Adams era malthusiano (LERNER, 2012, p. 39). Ocorre que Adams e Jefferson estavam ausentes na Convenção de 1787, ao passo que os Federalistas Hamilton e Madison estavam presentes e influenciaram

---

<sup>12</sup> Parece ter sido Paul Samuelson que, em sua obra *Economics* de 1948, divulgou essa concepção da metáfora da “mão invisível” em Adam Smith. Para um completo estudo sobre essa metáfora de Adam Smith, recomendamos Kennedy (2009, p. 239-263).

sobremaneira na elaboração da Constituição norte-americana (LERNER, 2012, p. 39). É importante lembrar que, em essência, houve três projetos constitucionais de separação de poderes: o de Jefferson, o de Madison e o de Hamilton<sup>13</sup> (BENTES, 2006, p. 71-84).

Os projetos constitucionais de Madison e Hamilton, como amplamente exposto na obra *Federalist Papers*, apregoavam um governo nacional central e forte do tipo federativo. Todavia, entre Hamilton e Madison havia uma diferença. Hamilton apostava na supremacia do Executivo<sup>14</sup> como forma de intervenção forte na economia, convergindo interesses governamentais com os do capital financeiro – credor da expansão comercial e da dívida pública –, voltando-se para o fortalecimento das forças armadas (BENTES, 2006, p. 84). Isso porque Hamilton era partidário das ideias econômicas de Sir James Steuart que defendia um governo intervencionista e protecionista da economia nacional, especialmente por intermédio de subsídios públicos e tarifas alfandegárias (SWEENEY, 2004, p. 20). Assim, Hamilton contesta o modelo do *laissez-faire* e desejava que o Estado pudesse ser conduzido por uma facção social, dentro de um projeto de expansão imperial, de modo que os Estados Unidos pudessem competir com as demais nações (BENTES, 2006, p. 83-84). As palavras de Hamilton, na Convenção de 1787, talvez esclareçam melhor sua posição: “*Todas as comunidades dividem-se em poucos e muitos. Os primeiros são os ricos e bem-nascidos, e os outros compõem a massa do povo que poucas vezes sabe julgar e determinar o que lhe convém*” (CROSSMAN, 1980, p. 73).

Madison, por sua vez, partilhava mais das concepções de Adam Smith, e a intervenção governamental na economia deveria restringir-se ao necessário para manter a livre-competição no mercado norte-americano e evitar a formação de monopólios comerciais, especialmente por parte dos estados (MILLER, 1986, p. 170). Inicialmente, Madison partilhava

---

<sup>13</sup> Essas três propostas devem ser entendidas como modelos ideológicos e não necessariamente históricos. É que na Convenção de 1787 foram apresentadas quatro propostas: “*Virginian Plan*”, desenvolvido pelo federalista James Madison; “*Plan of Charles Pinckney*”, de Charles Pickney; o “*New Jersey Plan*”, apresentado por William Patterson; e o “*Hamilton’s Plan*”, apresentado por Alexander Hamilton. Além disso, houve o “*Connecticut Compromise*”, que harmonizou a proposta original da Virgínia (Madison) com a de Nova Jersey (estados menores da federação) e foi realizado pelos antifederalistas. A proposta de Hamilton foi um fracasso retumbante, sendo comparado como uma tentativa de reinstaurar a monarquia (BEEMAN, 2009, p. 138; DAHL, 2001, p. 11). A proposta finalmente aprovada foi, em grande parte, a de Madison, com certas modificações introduzidas pelos antifederalistas presentes na Convenção.

<sup>14</sup> É provável que seja por esse motivo que Alexander Hamilton chegou a apoiar publicamente uma monarquia para os Estados Unidos, uma vez que o Rei representava o Poder Executivo no modelo de Montesquieu. Há quem defenda que a proposta de Hamilton na Convenção tenha sido um estratagema para que a proposta de Madison se tornasse mais palatável aos antifederalistas (LLOYD, 2006-2012). Hamilton não tinha direito de voto segundo as regras da Convenção, pois era o único representante do seu Estado, faltando quórum exigido para participar nas votações das propostas (LARSON; WINSHIP, 2005, p. 83).

da teoria departamentalista de Jefferson mas, ao longo de sua vida, acabou por admitir o *judicial review* (BENTES, 2006, p. 77) como a forma mais adequada para que a Constituição unificasse os dissensos estaduais e mantivesse os Estados Unidos a salvo das perigosas facções que tanto combatia em seu *Federalist Papers n<sup>o</sup> 10* (MILLER, 1986, p. 170). Portanto, o modelo de separação de poderes de Madison defendia a tese dos *checks and balances* e era contrário a qualquer tipo de supremacia, seja do Legislativo, seja do Executivo (BENTES, 2006, p. 83). Madison, na Convenção, protegido sob o sigilo das deliberações leciona sua ideologia:

“Particularmente, existirá a distinção entre ricos e pobres... Não podemos, no entanto, ser considerados uma massa homogênea na qual todas as coisas afetadas numa parte, sejam também na totalidade. (...) Um aumento da população aumentará necessariamente a proporção daqueles que venham a sofrer os embates da vida, desejando em segredo melhor repartição de suas bênçãos. É possível que com o tempo estes superem os que se encontram bem situados economicamente. De acordo com as leis do sufrágio, o poder passará às mãos dos desapossados. (...) E como vamos defender-nos dele, baseando-se em princípios republicanos? Como vamos prever o perigo, em todos os casos de aliança interessadas em oprimir a minoria a ser resguardada por nós?” (CROSSMAN, 1980, p. 7).

Certo é que as ideias econômicas de Madison e de Hamilton<sup>15</sup> serviram de base para pelo menos quatro princípios intervencionistas inscritas na Constituição norte-americana (LERNER, 2012, p. 40): 1) a *Commerce Clause*<sup>16</sup>;

2) a *interstate and alien diversity clauses*<sup>17</sup>; 3) o procedimento legislativo bicameral para a aprovação de gastos orçamentários (*bills*)<sup>18</sup>; 4) um rol de limitações ao Poder Legislativo<sup>19</sup>. Segundo LERNER (2012, p. 46), esses princípios do Iluminismo econômico escocês foram responsáveis por proteger a propriedade privada, garantir o cumprimento dos contratos, prevenir a formação de monopólios e encorajar o livre-comércio entre os estados e outros países.

#### 4. O republicanism cívico

Num contraponto, cabe trazer as ideias defendidas por Thomas Jefferson que, do ponto de vista ideológico, se inscrevem no chamado *republicanismo cívico*. Importa observar, rapidamente, que tal tradição do pensamento deita berço na antiguidade – na República romana – bem como na experiência republicana da Itália renascentista tão bem defendidas por Marco Túlio Cícero e Nicolau Maquiavel, marcadas pela conciliação da ideia de autogoverno, ou seja, a necessidade de o cidadão participar dos assuntos públicos, havendo mais do que compatibilidade, mas plena complementaridade entre os interesses privados e públicos (HOLLAND, 2006, p. 49).

Esse legado republicano – da antiguidade e renascentista – foi recepcionado pelos republicanos ingleses Harrington e Sidney, que influenciaram diretamente Thomas Jefferson. James Harrington (1611-1677), na sua defesa da república na Inglaterra, advoga a “doutrina do equilíbrio” segundo a qual o poder político segue sempre o poder econômico. Diante da transformação experimentada pela Inglaterra em sua época – a passagem da sociedade rural

<sup>15</sup> Parece que isso é confirmado pelas pesquisas de McGuire (2001), segundo as quais os delegados convencionais das áreas mais comerciais foram mais propensos a votar a favor das cláusulas constitucionais que fortaleciam um governo central.

<sup>16</sup> Constituição Americana. Art. I, § 8, cl. 3.

<sup>17</sup> Constituição Americana. Art. III, § 2.

<sup>18</sup> Constituição Americana. Art. I, § 7.

<sup>19</sup> Constituição Americana. Art. I, §§ 8 e 9.



à sociedade mercantil –, sua doutrina procura dar conta dos interesses dos novos proprietários agrícolas, independentes, membros da *gentry*, equiparados, por sua vez, aos cidadãos-proprietários das repúblicas antiga e renascentista. A importância desse grupo é que ele está, na opinião do autor, na base de um governo livre, uma república ou comunidade sem rei, isto é, um regime “perfeito” que atua em vista do bem comum: a *commonwealth*. Para Harrington, o segredo da estabilidade desse regime está dado pelo equilíbrio do poder político que reflete o – novo – poder econômico.

Na utopia política de Harrington – a república fictícia de *Oceana* (1656) –, pode-se ver a nítida preferência do autor (igual à de Cícero e Maquiavel) pela forma mista ou moderada de governo, que denomina *equal commonwealth*: república igual ou equitativa. A solução harringtoniana consiste numa lei agrária que divide as grandes propriedades e pequenas áreas, e, do ponto de vista político, a rotação nas funções de governo – os governantes sendo escolhidos por prazos breves e sem reeleição. A lei agrária, seguindo a experiência antiga e renascentista, visa a evitar ou limitar o triunfo dos excessos/extremos – a riqueza ou pobreza –, tidos como os principais responsáveis pelos distúrbios na Inglaterra da Guerra Civil. Nesse ponto, Harrington acompanha mais uma vez Maquiavel, no sentido em que uma nobreza poderosa (fundada na riqueza, a oligarquia) é incompatível com o governo largo. O autor inglês, inspirado no pensador florentino, entende que é necessária igualdade material maior para garantir que na república nenhum indivíduo ou grupo se torne suficientemente rico para reduzir os outros à dependência<sup>20</sup>. A igualdade

material encontra-se na base da virtude, isto é, no compromisso com os assuntos públicos. A segunda medida, a rotação nos cargos, via eleição secreta, permite que os eleitores decidam livremente, além de evitar o perigo da corrupção com a substituição regular dos encarregados das funções de governo. Para Harrington, o povo como detentor de propriedades e independente é por definição virtuoso; porém, tal situação não se estende necessariamente aos seus representantes, que se encontram sujeitos às tentações do poder e da corrupção. Daí, a necessidade de eleições periódicas rotativas como instrumento de renovação da virtude.

Algernon Sidney (1623-1683), em seus *Discourses concerning government* (1681-1683), sustenta que os povos têm o direito natural de se governar, e que os governos são produzidos pelo consentimento dos homens – e não, como acreditava Filmer, que derivam de um primeiro Pai, Deus/Adão, que o transmite aos sucessores: o monarca. O republicano inglês defende a ideia de que o poder existe para dar segurança e bem-estar ao povo e de que o governo pode ser revogado se não cumpre a finalidade para a qual foi instituído. Apesar de seu argumento se inscrever na tradição jusfilosófica do direito natural, o seu republicanismo cívico aparece com força quando elogia as constituições dos regimes antigos e renascentistas, ou seja, o governo misto/equilibrado: a república. No que diz respeito à base social de sua *commonwealth*, Sidney entende que o controle da riqueza determina a distribuição do poder político (doutrina do equilíbrio) e que, para chegar a uma república estável e virtuosa, deve apoiar-se na classe dos proprietários – mais uma vez, o direito à propriedade estava na origem da existência de cidadãos virtuosos. Outra ideia cara a essa tradi-

<sup>20</sup> Um dos traços do republicanismo harringtoniano está na oposição servidão-liberdade. De fato, retomando a distinção homem *liber* e *servus* (Roma), entende que uma

— pessoa é livre se possui recursos materiais, ou seja, não se encontra na dependência de outro.



ção ideológica diz respeito à compatibilidade entre o interesse privado e o interesse público, resumida numa frase lapidar: “a sabedoria ou razão de um indivíduo visa ao interesse do indivíduo da mesma forma que a sabedoria de uma comunidade política visa ao bem de todos”. Nas entrelinhas dessa afirmação, está implícito que o egoísmo ou interesse particular do homem não deve ser apagado, mas realçado com vistas à obtenção do bem comum<sup>21</sup>. A verdadeira arte política consiste em fazer com que ambos os tipos de interesses – privado e público – caminhem juntos.

“Thomas Jefferson recepciona o ideal do republicanismo cívico e, portanto, se afasta de algumas idéias defendidas pelos federalistas (Madison e Hamilton) do ponto de vista político-institucional<sup>22</sup>. Elogia os *Articles* como ‘o melhor comentário jamais escrito sobre os princípios de governo’, bem como sua teoria dos freios e contrapesos até a primeira década do século XIX, contudo não sem criticar a fraqueza dos meios de controle da Suprema Corte, em particular, importa frisar, o poder exorbitante do *judicial review* tido como um meio de limitar a soberania do povo. Depois, o autor adere à teoria pura ou absoluta da divisão dos poderes, defendida pelos antifederalistas que, favoráveis à atribuição de funções aos distintos ramos do governo (o legislativo responsável apenas pela elaboração das leis e o executivo e o judiciário tendo somente o dever de efetivá-las), fazem uma opção clara pela supremacia do legislativo sobre os demais órgãos (a capacidade dos legisladores em criar bases para a atuação do judiciário e do executivo – o que lhe dá supremacia sobre o resto dos poderes). E, ainda, quando defende que ‘todos os ramos de governo devem ser eleitos diretamente pelo povo e submetidos a pequenos mandatos, de modo que o povo aprove ou rejeite uma autoridade em intervalos bastante curtos’. Assim, se concretizaria o ideal republicano de participação popular e responsabilidade dos governantes, que, segundo Jefferson, está bem enraizado na cultura cívica dos cidadãos, mas que não foi contemplado pela constituição norte-americana” (VILE, 1998, p. 182 e 191).

---

<sup>21</sup> Tal ideia é fortemente defendida por Tocqueville, para os EUA, na sua teoria do *interesse bem compreendido*.

<sup>22</sup> Há que se recordar que, servindo como embaixador norte-americano na França, ausente portanto da Convenção, Jefferson aprova parcialmente o texto constitucional, achando necessário apenas um *Bill of Rights* (BEARD, 1915, p. 83-84). Por isso, primeiramente, Jefferson recusa-se a ser considerado um federalista ou antifederalista. Em carta de 13/3/1789, declara: “Eu não sou do partido dos federalistas. Mas eu também estou longe dos antifederalistas. Eu aprovo, num primeiro momento, a maioria do que é a nova Constituição, a consolidação do governo [...] O que eu desaprovo no momento, também se dá pela necessidade de um bill of rights para guardar a liberdade contra os poderes legislativo e executivo(...)” (DEPARTMENT OF STATE, 1905, p. 159, tradução nossa). Mais tarde, Jefferson muda de opinião, sendo que podemos considerá-lo como um antifederalista. Estas são suas palavras em carta endereçada ao presidente Washington, em 2/9/1792: “Eu fui enganado pelo Secretário de Tesouro [Hamilton], e preparei uma ferramenta para desenvolver seus esquemas, os quais não compreendia muito bem; e, de todos os erros de minha vida política, este foi o que me deu o mais profundo arrependimento. [...] Seu sistema [de Hamilton] nascem de princípios adversos à liberdade, e são calculados para minar e demolir a República, criando uma influência de seu Ministério sobre os membros do Legislativo [...] Mas Hamilton não é apenas monarquista; mas partidário de uma monarquia fundada na corrupção” (BEARD, 1915, p. 110-112, tradução nossa).

Admite que a sociedade rural absorve o comércio, a atividade comercial (tão cara a Hamilton) só tendo relevância na medida de sua capacidade em atender às necessidades da agricultura. Jefferson acredita, porém, que há incompatibilidade entre virtude republicana e sociedade mercantil, uma vez que o triunfo dessa sociedade traz a prática da corrupção que resulta da dependência de grupos ao Executivo: o clientelismo. Jefferson preconiza uma sociedade e ideologia agrária em contraposição à sociedade comercial que tem, no seu entender, uma psicologia própria norteadada pela obtenção do lucro, que torna difícil o exercício da virtude (POCOCK, 1997, p. 559). A vida no campo era defendida por Jefferson na perspectiva de ser o lugar privilegiado que estimula o desenvolvimento da virtude cívica e a vitalidade individual; por isso, os fazendeiros constituem – a seus olhos – a melhor base social de sua república<sup>23</sup>. A palavra *povo* era sinônima de fazendeiros: o ideal do autor de uma república baseada numa classe de donos de terras, agricultores autoconfiantes, refletia a realidade da época, quando talvez cerca de 80 % ou mais de norte-americanos brancos viviam em suas próprias fazendas (PIPES, 2001, p. 250).

Em relação à educação, dois pontos são fundamentais no pensamento jeffersoniano. Primeiro, a educação é inseparável da teoria política, uma vez que a sobrevivência de uma república democrática depende de um povo educado que se tornaria virtuoso e vigilante. Segundo, a liberdade em todas suas expressões

---

<sup>23</sup> A atitude de Jefferson em favor de uma classe de fazendeiros independentes deve ser apreciada no contexto da extensão do território da fronteira, até o rio Mississippi (Tratado de Versalhes: 1783), bem como da Ordenação de Terras (1785) que legisla sobre os territórios recém-conquistados. Por meio dessa legislação, as regiões, antes pertencentes aos índios, eram agora “terras públicas norte-americanas”. O objetivo era transformar essas terras em propriedade privada incentivando o pequeno fazendeiro (JUNQUEIRA, 2007, p. 38-39).

– política, religiosa e intelectual – é essencial para o bom funcionamento tanto do sistema educacional, quanto da república (BOWEN, 2004, p. 9). Para Jefferson, “é mais seguro possuir um povo inteiro razoavelmente ilustrado, do que poucos com alto nível de conhecimento, enquanto a maioria permanece na ignorância” (WAGONER Jr., 2004, p. 13). Assim, a prosperidade futura da república dependia do caráter do povo que, para permanecer virtuoso e vigilante, precisaria ser educado nos princípios do republicanismo. O fisiocrata Quesnay influenciou bastante Jefferson na proposta de erigir um sistema de educação pública. Quesnay já tinha uma experiência pessoal ao fundar uma escola nos EUA em Richmond, logo após ter servido como capitão na Guerra de Independência Americana sob o comando de Lafayette. Ao retornar à França, Quesnay decidiu fundar uma “Academia de Artes e Ciências”, contando com o apoio de Jefferson, que à época servia como embaixador norte-americano naquele país. (WAGONER Jr., 2004, p. 46-52). Jefferson, participando da reforma das leis da Virgínia seu estado natal, em 1778-1779, chegou a elaborar 126 projetos de lei, sendo que ele considerava o *Bill 79, The Bill for the General Diffusion of Knowledge*, a sua proposta mais importante. Nela propõe um sistema de escolarização financiado com dinheiro público com o objetivo de elevar o *status* moral do povo ao nível necessário para se garantir um bom governo, a segurança pública e a felicidade (WAGONER JUNIOR, 2004, p. 34). A educação era algo de importância para os fisiocratas, que se miravam na filosofia moral e política de Confúcio, base da organização do serviço público no Império Chinês, onde os burocratas – os Mandarins – eram selecionados pelo seu mérito e nível de instrução. O sistema chinês de educação incluía três níveis de exames – realizados em nível local, nas capitais das províncias e na capital imperial – e procuravam

avaliar o nível intelectual e moral dos candidatos (BODDE, 2005, p. 8). O agrarianismo e despotismo ilustrado dos fisiocratas têm um grande débito para com o pensamento chinês, o que fica evidenciado pela obra de Quesnay, “O Despotismo da China” (1767), em que descreve as condições políticas e econômicas daquele país, sendo que, no capítulo final, ele apresenta suas próprias teorias e as relaciona diretamente ao exemplo chinês<sup>24</sup> (BODDE, 2005, p. 7). Porém, é importante distinguir a proposta pedagógica de Quesnay da de Jefferson, já que na do antifederalista, ela tinha um cunho emancipatório, ao passo que, na do fisiocrata francês, se centrava mais na ideia de aperfeiçoamento das técnicas da agricultura visando a uma produção agrícola mais eficiente e à formação de um quadro de funcionários estatais preparados a servir ao Estado<sup>25</sup>. O modelo educacional jeffersoniano também era hierárquico (nível primário, secundário e superior), contando com escolas primárias espalhadas em diversas localidades, onde toda criança livre, homem ou mulher, frequentaria diariamente a escola e ensino gratuito por no mínimo três anos. O currículo elementar incluía alfabetização, aritmética e estudo de história antiga e moderna, especialmente sobre Grécia, Roma, Europa e América. O objetivo do estudo da história era, nas palavras de Jefferson, “permitir que todo cidadão fosse capaz de conhecer a ambição sob os diversos disfarces que ela pudesse assumir e, ao percebê-la, derrotá-la” (WAGONER JUNIOR, 2004, p. 35).

Dentro da visão política de república cívica e em consonância com sua ideologia do *agrarianismo*<sup>26</sup>, a proposta constitucional de Jefferson defendia um modelo descentralizado, do tipo confederação. Nesse mo-

---

<sup>24</sup> Quesnay chega a trazer um costume chinês para a corte de Luís XV. Anualmente, na primavera, o imperador chinês realizava uma cerimônia ritual de início do cultivo. Em 1768, essa antiga cerimônia foi simbolicamente realizada pelo filho de Luís XV, com o intuito de demonstrar o interesse do rei pela agricultura. Os seguidores de Quesnay consideravam-no o “Confúcio da Europa” (BODDE, 2005, p. 7).

<sup>25</sup> Os fisiocratas foram defensores da monarquia absolutista, em conformidade com suas teorias de uma existente “ordem natural”. Abraçavam o despotismo esclarecido caracterizado por um Estado onde o Absolutismo se junta à Ilustração, o que justificaria chamá-lo de “Absolutismo Ilustrado” (FALCON, 1986, p. 14). Decorrente da crença inabalável na capacidade libertadora da razão, o Iluminismo tinha uma dimensão pedagógica que visava a educar as massas. Porém, para os fisiocratas, a proposta pedagógica estava mais voltada para a manutenção do Antigo Regime. Exemplo paradigmático é o papel do ensino da História no sistema educacional da Prússia do déspota esclarecido Frederico, o Grande, para quem os exemplos da história convenceriam os jovens “de que nas monarquias o cidadão goza de mais segurança do que ele pode esperar de uma república”, de forma que ao povo deveria ser ensinado o princípio da obediência e da submissão (MAINKA, 2000, p. 159).

<sup>26</sup> Pode-se dizer que Jefferson faz uma releitura dos fisiocratas, de forma a compatibilizar sua visão republicana, contrapondo-se à visão monarquista da Fisiocracia de Quesnay. John Taylor talvez seja o melhor teórico do agrarianismo republicano defendido por Jefferson – que aparece aperfeiçoado, em sua obra “*An Inquiry into the Principles and Policies of the Government of the United of States*” (1814), um agrarianismo que serve como proposta de oposição aos federalistas e propugnando uma república de pequenos fazendeiros. (BEARD, 1915, p. 322).

delo, prevalente numa sociedade agrária, a ação cívica individual anda *pari passu* com o amor à república, seguindo a proposta aristotélica das virtudes (BENTES, 2006, p. 71). Segundo os fisiocratas, liderados por Quesnay, o único ramo verdadeiramente produtivo da economia era a agricultura, uma vez que somente ela era capaz de gerar excedente, enquanto a indústria nada acrescentava, apenas repondo os valores consumidos no processo de produção (SARAI-VA, 1996, p. 27). Assim, a atividade comercial é vista como estéril para a economia. Na visão bolingbrokeana, os lucros e os juros obtidos com notas de banco, com a dívida pública ou com ações de empresas, eram roubados dos seus verdadeiros donos: aqueles que produziam a partir da terra. Em conjunto com a ideologia boolingbrokeana, a teoria fisiocrata tornou-se uma ideologia anticapitalista (MCDONALD, 1986, p. 85). Jefferson questionava a teoria dos *checks and balances*, sendo defensor do que é conhecido como “departamentalismo”, no qual há verdadeira separação (independência) dos poderes sem interferência mútua entre eles. Assim, cada Poder (Legislativo, Judiciário e Executivo) teria direito a interpretar a Constituição à sua maneira, tendo o povo como última instância de controle dos abusos de poder de cada um dos departamentos pudesse cometer (KRAMER, 2004, p. 106). Nesse entendimento, Jefferson opõe-se fortemente ao *judicial review* por parte do Judiciário, pois significaria uma supremacia desse Poder, além de não abrir espaço para o controle popular que tanto apregoava (BENTES, 2006, p. 73).

Essas duas formas de republicanismo, a liberal de Madison e Hamilton, e a cívica de Jefferson, foram duas propostas antagônicas que lutaram por seu espaço no momento de *foundation*. O Republicanismo liberal estava grandemente apoiado no liberalismo econômico, especialmente representado pelas ideias

de Adam Smith. O agrarianismo do republicanismo cívico, por sua vez, obtinha eco no modelo dos fisiocratas franceses, uma vez que se centrava na importância da agricultura como fonte econômica e via o comércio como uma forma de corrupção da virtude moral.

## 5. Considerações finais

Apesar de duas ideologias de republicanismo – liberal e cívica – se digladiarem à época da Convenção que criou a Constituição norte-americana em 1787, ambas as ideologias não estavam igualmente representadas naquela oportunidade. Embora contasse com a presença de alguns antifederalistas, que conseguiram fazer modificações nos planos originais de Madison, estava aberto o caminho para o entrincheiramento da ideologia do republicanismo liberal apoiado na teoria econômica de Adam Smith.

Thomas Jefferson, o principal representante do republicanismo cívico e do agrarianismo, assentado na tradição republicana inglesa de Sidney e Harrington, estava ausente no momento da Convenção de 1787, ainda que estivessem presentes alguns antifederalistas que defendiam o modelo confederativo dos *Articles* e que conseguiram emendar a proposta original de Madison.

A influência do pensamento econômico entre os *Framers* foi importante na elaboração da Constituição norte-americana. Novas pesquisas, utilizando-se da econometria conjuntamente com técnicas estatísticas aplicadas sobre os votos dos convencionais de 1787, segundo McGuire, parecem indicar que de fato isso ocorreu. Além disso, a preocupação em criar um governo republicano estável – especialmente procurando-se evitar a formação de facções violentas que eram vistas como um problema comum nas repúblicas – foi compatibilizada

com as ideologias econômicas dos *Framers*, já que alguns dos eminentes *Founding Fathers*, que tinham outras concepções sobre economia política, estavam ausentes na Convenção que criou a Constituição. Assim, o modelo de separação dos poderes norte-americano valeu-se das ideias de Montesquieu formado por poderes e contrapoderes no interior da sociedade, sendo que a coesão social, a liberdade e a estabilidade do governo seriam garantidas por um governo central (federalismo), pelo livre comércio no plano econômico e uma intervenção estatal visando a evitar a formação de monopólios, de forma que a “mão invisível” do mercado pudesse atender aos interesses de toda a sociedade a partir dos interesses particulares de ordem econômica. Importante observar que as ideias de Montesquieu não foram integralmente transplantadas para os Estados Unidos, uma vez que o modelo saído da Convenção estabelecia um Judiciário atuante. Se na antiguidade romana o Senado desempenhava o papel estabilizador pela sua autoridade – *potestas in populo, auctoritas in senatu* – o Judiciário norte-americano é que passou a cumprir esta função (ARENDR, 1988, p. 160). O que demonstra que o Poder Judiciário dos EUA estava bem distante do modelo de Montesquieu do juiz “boca da lei”, como apenas um subalterno do Executivo, ou seja, um “Executivo relativo à aplicação do direito civil”. Assim, na elaboração montesquiana dos *checks and balances*, os Poderes Legislativo e Executivo freiam-se mutuamente, sendo que o Judiciário é visto como um poder nulo (MONTESQUIEU, 1993, p. 176).

A final de contas, foi o modelo de separação dos poderes de Madison que realmente prevaleceu na América? O modelo que tanto almejava evitar as indesejáveis e perigosas facções políticas foi realmente o que prevaleceu? Pelo menos é o que aparenta, principalmente quando a Constituição é vigorosamente defendida

pelo *judicial review* no famoso caso *Marbury v. Madison*, onde o *Chief Justice* Marshall mantém a *auctoritas* da Suprema Corte.

A Convenção de 1787 foi apenas um *round* do embate entre republicanos cívicos e liberais. A Convenção apenas tinha criado um texto que ainda passaria pelo processo de ratificação pelos estados-membros entre 1787- 1788. É bom lembrar que os convencionais extrapolaram sua autoridade, pois tinham apenas permissão de emendar os *Articles* e não criar um novo governo. Este é o período em que são escritos os panfletos dos *Federalist Papers* de Jay, Hamilton e Madison, justamente defendendo sua nova criação. Mas ela não foi recebida pacificamente sem o ataque dos antifederalistas nas diversas convenções estaduais. Um período de intensa discussão e escaramuças (MAIER, 2010, p. ix-xvi). Todavia, por fim, a Constituição foi ratificada.

Os dois modelos de separação de poderes, supostamente derrotados ao final da Convenção de 1787 – o modelo financista, ultracentralizador e imperial de Hamilton, e o modelo republicano cívico de Jefferson – passaram a digladiar-se dentro do próprio gabinete do primeiro presidente George Washington. Hamilton, na qualidade de Secretário do Tesouro, acaba por interpretar a Constituição ao seu estilo, criando um Estado centralizador, ampliando os poderes do Executivo mediante sua teoria dos “poderes implícitos” e pela criação de um sistema financeiro nacional e a assunção das dívidas de guerra dos estados-membros (DILORENZO, 2008, p.1-8). Como Secretário de Estado, Thomas Jefferson paulatinamente se oporá a esse modelo, defendendo a sua proposta do republicanismo cívico e do agrarianismo, e combatendo a proposta corruptora dos especuladores financistas partidários de Hamilton. O embate entre republicanos liberais (federalistas) e republicanos cívicos (antifederalistas) é pos-

teriormente assumido pela luta entre o Partido Federalista e o Partido Republicano, uma disputa tão rica que a análise de seus desdobramentos políticos vão além do objetivo do presente artigo. Só para recordar, o famoso caso judicial *Marbury v. Madison*<sup>27</sup> advém do episódio dos “*midnight judges*”: o entrincheiramento de federalistas no poder judiciário como formar de questionar a legalidade das reformas políticas que seriam implementadas pelo republicano Jefferson (ACKERMAN, 2005, p. 3-15; MACIEL, 2006, p. 37-44).

Os *Framers* não conseguiram prever tudo. Como bem ilustra o título do livro de Bruce Ackerman, “*The Failure of the Founding Fathers*”, não foi prevista a formação de partidos políticos, tampouco o crescimento do papel do Poder Executivo tanto na visão hamiltoniana em criar um “Império Republicano” (DILORENZO, 2008, p. 5), quanto na reviravolta criação de um presidencialismo democrático pelo modelo de Jefferson. Parece que a proposta de Madison de evitar as facções e filtrar as paixões populares foi derrotada.

Afinal, Madison, Hamilton ou Jefferson? Qual modelo de separação prevaleceu? Entendemos que, de alguma forma, houve um “sincretismo” entre os dois republicanismos (cívico e liberal), ainda que em graus diversos. Como disse George Will (apud DILORENZO, 2008, p. 4): “Nós honramos Jefferson, mas vivemos no país de Hamilton”. Eis o intrincado modelo de separação de poderes norte-americano: um processo de engenharia e reengenharia institucional, combinando elementos dos republicanismos cívico e liberal; criando e recriando suas instituições para gerar um modelo de separação de poderes realmente único. Um modelo *made in America*.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

---

<sup>27</sup> O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, ficou famoso por ser o primeiro em que a Suprema Corte norte-americana firmou entendimento, sob a presidência de John Marshall, de que o Poder Judiciário tem poderes (*judicial review*) para rever os atos emanados dos Poderes Executivo e Legislativo se estes estiverem em desconformidade com a Constituição. Cabe frisar que o caso envolvia uma disputa política entre federalistas e republicanos. Marshall era um federalista e tinha interesse na causa, pois foi ele próprio que, quando era secretário de estado no governo federalista de John Adams, nomeou William Marbury como *justice of the peace*. O ato foi impugnado por Madison que, já tendo mudado de posição política e se filiando aos ideais antifederalistas, era o então secretário de estado do governo republicano de Jefferson. O litígio chegou à Suprema Corte (DAHL, 2011, p. 23-24; MACIEL, 2006, p. 37-44).

ARENDDT, Hannah. Da revolução. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. Revisão de Caio Navarro de Toledo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

AYALA, Francisco. *El problema del liberalismo*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1941.

BEARD, Charles A. *Economic origins of Jeffersonian democracy*. New York: The MacMillan Company, 1915. Disponível em: <<http://archive.org/details/economicoriginso00bearuoft>>. Acesso em: 15 out. 2013.

BEEMAN, Richard. *Plain, honest me: the making of the American Constitution*. New York: The Random House Publishing, 2009.

BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. *A separação de poderes da revolução americana à constituição dos Estados Unidos: o debate entre os projetos constitucionais de Jefferson, Madison e Hamilton*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BODDE, Derek. China ideas in the West [edited by professor derek bodde for the committee on asiatic studies in american education]. *Asian Topics in World History*, Columbia University. 2005. Disponível em: <<http://www.learn.columbia.edu/nanxuntu/html/state/ideas.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

BOWEN, William G. Preface. In: WAGONER JUNIOR, Jennings. *Jefferson and Education*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2004. (Monticello monographs series).

CROSSMAN, Richard. *Biografia do Estado Moderno*. Tradução de Evaldo Amaro Vieira. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980. (História e política, 12).

DAHL, Robert Alan. *How democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2001.

DEPARTMENT OF STATE (Estados Unidos). *Documentary history of the Constitution of the United States of America (1786-1870)*. Washington: Department of State, 1905. 5 v. Disponível em: <<http://archive.org/stream/documentaryhist06librgoog#page/n6/mode/1up>>. Acesso em: 15 out. 2014.

DILORENZO, Thomas J. *Hamilton's Curse: how Jefferson's arch enemy betrayed the American Revolution and what it means for americans today*. New York: Crown Publishing Group, 2008.

FALCON, Francisco José Calazans. *Despotismo esclarecido*. São Paulo: Ática, 1986.

HAMILTON, Alexander. The Same Subject Continued: Concerning the General Power of Taxation. *Federalist*, n. 35, 5 jan. 1788. Disponível em: <[http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed\\_35.html](http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_35.html)>. Acesso em: 16 out. 2014.

HARRINGTON, James. *The Commonwealth of Oceana*.

HEILBRONER, Robert. O mundo maravilhoso de Adam Smith. In: \_\_\_\_\_. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 43-72.

HOLLAND, Tom. *Rubião: o triunfo e a tragédia da república romana*. Tradução de Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Record, 2006.

JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. In: JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (Org.). *História dos conceitos: debates e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2006.

KENNEDY, Gavin. *Adam Smith and the invisible hand: from metaphor to myth*. *Econ Journal Watch*, v. 6, n. 2, p. 239-263, maio 2009.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.



LARSON, Edward J.; WINSHIP, Michael P. *The Constitutional Convention: A Narrative History from the Notes of James Madison*. New York: The Modern Library, 2005.

LEAL, Victor Nunes. A divisão de poderes no quadro político da burguesia. In: CAVALCANTI, Themistocles; SILVA, Carlos Medeiros; LEAL, Victor Nunes. *Cinco estudos: a federação, a divisão de poderes (2 estudos), os partidos políticos e a intervenção do estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955. p. 93-113.

LEVI, Lucio. Confederação. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 218-220, v. 1.

LERNER, Renée Lettow. Enlightenment economics and the framing of the U.S. Constitution. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 35, n. 1, winter 2012, p. 37-46.

LLOYD, Gordon. The Constitutional Convention. *TeachingAmericanHistory.org*. Ashland University, [2006-2012]. Disponível em: <<http://www.teachingamericanhistory.org/convention/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

LOPES, Eliane Marta Santos Teixeira. *Origens da educação pública: a instrução na revolução burguesa do século XVIII*. São Paulo: Loyola, 1981.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006.

MADISON, James. Objections to the Proposed Constitution From Extent of Territory Answered. *Federalist*, n. 14, 30 nov. 1787. Disponível em: <[http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed\\_14.html](http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_14.html)>. Acesso em: 17 out. 2014.

MAIER, Pauline. *Ratification: The People debate the Constitution, 1787-1788*. New York: Simon & Schuster, 2010.

MAIN, Jackson Turner. *The antifederalists: critics of the constitution 1781-1788*. New York: W. W. Norton & Company Inc, 1961.

MAINKA, Peter Johann. Absolutismo e educação na Alemanha: os escritos teóricos do Ministro da Justiça e Educação da Prússia Karl Abraham von Zedlitz und Leipe (1731-1793). *Acta Scientiarum*, v. 22, p. 157-166, 2000. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/view/4125/2830>>. Acesso em: 16 out. 2014.

MCCULLOUGH, David. *1776: a história dos homens que lutaram pela independência dos Estados Unidos*. trad. R. Franco Valente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MCDONALD, Forrest. A constituição e o capitalismo hamiltoniano. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (Org.). *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 78-111.

MCGUIRE, Robert A.; OHSFELDT, Robert L. Economic interests and the American Constitution: a quantitative rehabilitation of Charles A. Beard. *The Journal of Economic History*, v. 44, n. 2, p. 509-519, jun. 1984.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. An economic model of voting behavior over specific issues at the Constitutional Convention of 1787. *The Journal of Economic History*, v. 46, n. 1, p. 79-111, mar. 1986.

MCGUIRE, Robert. Economic interests and the adoption of the United States Constitution. *EH. Net Encyclopedia*, 14 ago. 2001. Disponível em: <<http://eh.net/encyclopedia/economic-interests-and-the-adoption-of-the-united-states-constitution/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

MILLER, Stephen. A constituição e o espírito do comércio. In: GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (Org.). *A constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 153-181.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Tradução de L.G. B. Chaves, C.H. Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

POCOCK, John Greville. *Le moment machiavélien: la pensée florentine et la tradition républicaine atlantique*. trad.do inglês L.Borot. Paris: PUF, 1997.

RICHTER, Melvin. *The political theory of Montesquieu*. New York: Cambridge University Press, 1977.

SARAIVA, Flávio Mesquita. Quesnay e a fisiocracia: o desenvolvimento da teoria econômica no século XVIII. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA CLÁSSICA E POLÍTICA, 1, 1996. *Sociedade Brasileira de Economia Política*, Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 1996. p. 25-41. Disponível em: <<http://www.sep.org.br/artigos/download?id=40&title=Quesnay%20e%20fisiocracia:%20%20desenvolvimento%20da%20teoria%20econ%C3%B4mica%20no%20s%C3%A9culo%20XVIII>> Acesso em: 16 out. 2014.

SIDNEY, Algernon. Concerning Government (1698). *Constitution Society*, 14 set. 2001. Disponível em: <[http://www.constitution.org/as/dcg\\_000.htm](http://www.constitution.org/as/dcg_000.htm)>. Acesso em: 17 out. 2014.

SILVIA, Joseph. The Debate over an Economic Interpretation of the Constitution: Where has Beard taken us and where are we after McGuire's "New" Interpretation?. *Selected Works*, 2007. Disponível em: <[http://works.bepress.com/joseph\\_silvia/2](http://works.bepress.com/joseph_silvia/2)>. Acesso em: 16 out. 2014.

SOUSA, Isabella Saldanha de. *Os limites para o ativismo judicial no estado democrático de direito: um estudo de caso sobre a perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária regulamentada pela Resolução 22.610/07 do TSE*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SWEENEY, Richard J. Appendix Chapters 2 and 6: Influences on the Founders and Framers. In: \_\_\_\_\_. Building an European Union Constitution: Lessons from United States History. *Richard Sweeney Working Papers*, 2004. Disponível em: <<http://faculty.msb.edu/sweeneyr/wp/Influences%20on%20The%20Founders%20and%20Framers.doc>>. Acesso em: 16 out. 2014.

UNITED STATES. *The Constitution of the United States of America*, 7 set. 1787. Disponível em: <[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)>. Acesso em: 16 out. 2010.

UNITED STATES. Congress of the Confederation. *The Articles of Confederation*, 15 nov. 1977. [Law center ITS, 2006]. Disponível em: <<http://www.law.ou.edu/ushistory/artconf.shtml>>. Acesso em: 16 out. 2014.

VILE, M.J.C. *Constitutionalism and separation of power*. 2nd. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WAGONER JUNIOR., Jennings. *Jefferson and Education*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2004. (Monticello monographs series)

WOOD, G.S. *La création de la république américaine: 1776-1787*. Tradução do inglês de F. Delastre. Paris: Belin, 1991.



# Participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa sob a ótica constitucional

Direito do trabalhador ou faculdade do empregador?

MARIA HEMÍLIA FONSECA  
GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES  
GUSTAVO CAMPOLI MACHADO

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Histórico da participação nos lucros ou resultados. 2.1. Cenário brasileiro. 3. Conceito de PLR e distinção das demais prestações remuneratórias. 4. Lucros e resultados. 5. Natureza jurídica. 6. Pagamento da PRL: direito ou faculdade? 7. Negociação da PRL. 8. Proposta de quantificação. 9. Conclusão.

Maria Hemília Fonseca é professora e pesquisadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, na área de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

Guilherme Adolfo dos Santos Mendes é professor doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Gustavo Campoli Machado é graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

## 1. Considerações iniciais

O presente artigo diz respeito à participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa no cenário jurídico brasileiro, tendo como fulcro compreender se as disposições da Lei nº 10.101/2000 estão em consonância com o caráter finalístico ordenador do sistema constitucional interno. Para tanto, tratar-se-á da origem histórica do instituto, do conceito, de sua natureza jurídica e de alguns outros pontos controversos.

## 2. Histórico da participação nos lucros

O sistema de relações de trabalho teve sua concretização durante a sociedade industrial, na Idade Contemporânea. No curso desse período, a burguesia industrial assumiu o controle econômico e político, difundiu o pensamento econômico liberal e, assim, criou-se o cenário para a

distribuição de lucros pelos empregadores aos trabalhadores em troca da aquiescência implícita desta classe ao sistema capitalista vigorante.

Na Inglaterra, com o encerramento do regime de corporação no final do século XVIII, nasceu, inspirado nos princípios liberais, o regime de liberdade de trabalho, o qual se pautou pela não intervenção estatal na relação contratual firmada entre trabalhadores e empresários. A Revolução Industrial trouxe profundas transformações sociais e econômicas, com destaque para o nascimento da classe operária e a ampliação da economia de mercado. (NASCIMENTO, M., 2012, p. 29).

Com a mecanização da indústria e da agricultura, os bens outrora feitos manualmente por pequenos produtores passaram a ser elaborados pela grande empresa. Os pequenos, por conseguinte, não conseguiram mais vender seus produtos a preços competitivos e, na busca pela sobrevivência, tiveram, na sua maioria, que se converter em operários da grande indústria, alienando sua força de trabalho e recebendo, em contrapartida, um ínfimo salário.

Além disso, esse contingente de operários era submetido a condições de trabalho miseráveis e degradantes. Os locais para o desempenho da atividade laboral eram insalubres e perigosos. As jornadas, extremamente longas, chegavam a durar 18 horas em alguns países do continente europeu; e eram comuns acidentes de trabalho com lesões graves e a morte de empregados.

A revolução técnica desse período criou miséria, insatisfação e descontentamento social. Assim, os menos favorecidos, a citar, operários, pequenos comerciantes e a baixa burguesia, começaram a reagir ao sistema<sup>1</sup>. Conforme aponta

---

<sup>1</sup> Ainda nesse cenário de empobrecimento do proletariado, desenvolveu-se uma corrente crítica do capitalismo, o socialismo, que, em sua vertente utópica, trouxe grande contribuição na construção da tese da participação dos empregados nos lucros e resultados. Segundo essa corren-

Eric Hobsbawm (2010, p. 75), “a exploração da mão de obra operária, que mantinha sua renda em nível de subsistência, possibilitando aos ricos acumularem os lucros que financiavam a industrialização (e seus próprios e amplos confortos), criava um conflito com o proletariado”. Surgiu a necessidade de reivindicar melhores condições de trabalho e salários mais dignos. Adveio, nesse contexto, o conceito de participação dos empregados nos lucros ou resultados.

No início, a proposta de participação nos lucros das empresas foi vista como mecanismo ideal para atenuar as lutas de classe, na premissa de que, com o recebimento dessas bonificações, os trabalhadores se mostrassem resignados e diminuíssem, com isso, suas reclamações.

Todavia, no decorrer histórico, esse mecanismo passou a ser entendido como uma forma de colaboração entre capital e trabalho, de acordo com uma percepção solidarista. Haveria uma unidade entre empregados e empregadores para trabalharem conjuntamente com o propósito de integrar o trabalhador ao meio empresarial e aumentar a produção e os rendimentos. (NASCIMENTO, M., 2012, p. 49)

A partir dessa concepção, chegou-se à noção de socialização da empresa, segundo a qual o trabalhador contribuiria com sua força de trabalho, ao passo que o empregador promoveria a integração do capital para possibilitar condições de trabalho melhores, repartindo-se, ao final, os lucros e resultados com os empregados.

De forma geral, entre os meios de integração do capital, aponta-se a participação mais ativa dos trabalhadores na realidade das empresas, a qual se manifesta de três modos: i. divisão de

---

te, como precursora da participação nos rendimentos da empresa, esteve a cogestão empresarial, pois, sendo esta comum, afastar-se-ia a exploração dos trabalhadores nessa nova sociedade comunitária. Assim, os frutos positivos da empresa deveriam ser distribuídos aos empregados, tendo em vista a participação efetiva na construção desses resultados.

lucros, seja em dinheiro, seja em ações ou quotas do capital da empresa; ii. participação nos resultados, quando obtidas as metas propostas; e iii. gestão na empresa, seja por meio da cogestão, na qual os trabalhadores detêm uma parcela das ações da empresa, seja por meio da gestão direta, na qual são proprietários do capital e dos meios de produção utilizados (NASCIMENTO, M., 2012, p. 50).

É interessante observar que a ideia de cogestão foi amplamente difundida e implantada em alguns países como maneira de se alcançar uma sociedade mais justa, tendo em vista a participação ativa do trabalhador no desenvolvimento da empresa à qual está ligado. No cenário brasileiro, desenvolveu-se a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa, como veremos a seguir.

## 2.1. Cenário brasileiro

A participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa – PLR – começou a ser desenvolvida no começo do século XX; entretanto, antes disso, conforme aponta Arnaldo Sussekund et al (1997, p. 444), “os antecedentes do Brasil apontam para uma figura herdada de Portugal, a do interessado. Já no início do século, era comum, no comércio de médio porte, o patrão premiar os seus bons empregados dando-lhes interesse nos lucros da empresa. Daí o nome interessado”. A Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, tratando do instituto de forma genérica, firmou que, nos termos do artigo 63, o fato de ser assegurado ao trabalhador o direito de participar nos lucros da empresa não o excluiria do regime legal de duração do trabalho. Isto é, não seria prejudicada a condição de empregado para aquele que participasse dos lucros da empresa.

A PLR só adquiriu notoriedade, quando a Constituição de 1946 trouxe o instituto em seu artigo 157, IV<sup>2</sup>, tendo como diferencial o fato de que a participação do trabalhador nos lucros da empresa seria obrigatória e direta, nos termos em que a lei determinasse. Pontes de Miranda (1968, p. 112-113), a respeito do dispositivo, observa que:

“Naturalmente essa participação tem de obedecer: a) à exigência de ser obrigatória, não facultativa (a líbita do trabalhador ou do empregador); b) à exigência de ser direta; c) ao princípio da igualdade perante a lei ou isonomia (art.150, § 1º), inclusive na sua aplicação especial do art. 158, III; d) ao *princípio de substantividade da participação*, isto é, não ser dependente de votos dos empregadores ou acionistas. A participação pode

---

<sup>2</sup> Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] IV – participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar (BRASIL, 1946).

ser proporcional ao salário, ou conforme a produção do trabalhador, conforme anos de serviço, ou variável conforme frequência do trabalhador.”

Mozart Victor Russomano (2009, p. 415), ciente da exigência de o legislador regulamentar a matéria no plano ordinário, enunciou problemas de natureza econômica e política presentes à época como responsáveis pela omissão no plano infraconstitucional. Entre as dificuldades enfrentadas, tem-se como principais o processo inflacionário e as agitações sociais que o País experimentou em decorrência de sucessivas crises políticas.

A Constituição de 1967 avançou ainda mais nesse tema, uma vez que introduziu no sistema jurídico nacional o princípio da integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa. Assim, adotou-se uma concepção mais ampla de participação, na qual o trabalhador deixava de ser considerado apenas um meio de produção e passava a ser reconhecido como interessado na organização da empresa à qual estava vinculado. A exemplo do ocorrido no regramento constitucional anterior, não se regulamentou o instituto no plano ordinário. Entre os obstáculos, aponta-se o Enunciado nº 251<sup>3</sup>, do Tribunal Superior do Trabalho, o qual estabelecia que a participação nos lucros teria natureza salarial. Tal entendimento acabava por significar uma penalização do empregador, uma vez que teria de suportar a incidência de encargos sociais sobre aquela participação.

Com o texto da Constituição de 1988, a possibilidade de participação nos lucros e resultados é, pela primeira vez, expressamente desvinculada do salário, nos termos do art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XI – A participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.” Dessa maneira, o temor dos empregadores em regulamentar a participação nos lucros foi afastado, uma vez que houve a desvinculação dos salários.

Buscando regulamentar a matéria, foram expedidas inúmeras Medidas Provisórias, com destaque para a MP nº 794, de 29 de dezembro de 1994, que estabeleceu o acordo coletivo como forma de negociação do plano de participação<sup>4</sup>. Essa Medida Provisória, reeditada 77 vezes até sua

---

<sup>3</sup> TST, Enunciado nº 251 – Res. 17/1985, DJ 13.01.1986. Participação nos Lucros – Natureza Salarial. A parcela de participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais. Cancelado – Res. 33/1994, DJ 12.05.1994. – Cancelamento Mantido – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

<sup>4</sup> As outras reedições trouxeram observações importantes. A Medida Provisória 1.698-46, de junho de 1998, manteve a indicação de um representante a ser dado pelo sindicato da respectiva categoria (mudança dada na MP nº 1.539-34/1997). Além disso, autorizou a negociação por convenção ou acordo coletivo e proibiu o pagamento de qualquer antecipa-



conversão na Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, será objeto de estudo a seguir.

### 3. Conceito de PLR e distinção das demais prestações remuneratórias

A PLR sempre foi alvo de polêmica. Não há uma unidade conceitual desse fenômeno jurídico, pois diversas são suas modalidades, a variar pela localidade ou mesmo em cada empresa que adota o mecanismo (SARASATE, 1968, p. 69).

De acordo com Arnaldo Süssekind et al (1997, p. 450), a participação nos lucros ou resultados pode ser conceituada como “um método de remuneração complementar do empregado, com o qual se lhe garante uma parcela dos lucros auferidos pelo empreendimento econômico do qual participa”. Já para Cezarino Júnior (1980, p. 167), o instituto da participação consiste na “atribuição facultativa ou obrigatória concedida pelo empregador ao empregado, além do justo salário legal ou convencional a ele devido, de uma parte dos resultados líquidos, exclusivamente positivos da atividade econômica da empresa”. Por fim, Sergio Pinto Martins (2008, p. 262) entende a participação nos lucros ou resultados como sendo “pagamento feito pelo empregador ao empregado, em decorrência do contrato de trabalho, referente à distribuição do resultado positivo obtido pela empresa, o qual o obreiro ajudou a conseguir”.

A despeito das inúmeras conceituações sobre o tema, há elementos comuns que permitem delinear a participação nos lucros ou resultados. Assim, pode-se inferir primeiramente que se trata de um pagamento com o intuito central de integração entre capital e trabalho; segundo, está necessariamente vinculada à relação de

emprego, pois é a contribuição como empregado que possibilita pleitear parcela do lucro ou do resultado; e, terceiro, está condicionada à existência de lucro ou de resultado, uma vez que, no caso de prejuízo, este não será repartido com o empregado.

Pode-se inferir ainda que se trata de prestação aleatória, porque seu valor sofre variações de acordo com os lucros ou resultados conquistados. Além disso, é suplementar ao salário e sua concessão é compulsória, visto que foi regulamentada por lei. Por fim, seu pagamento ao empregado pode ser dado de forma direta, em espécie, ou de modo indireto, por meio de ações ou benefícios.

Em razão desses aspectos, pode-se distinguir a PRL do prêmio, pois, conforme expõe Ismal Gonzalez (1999, p. 55), o último é

“outorgado unilateralmente pelo empregador, constituindo-se numa liberalidade deste em razão do esforço feito pelo empregado, enquanto a participação nos lucros pode decorrer de previsão legal, de acordo ou convenção coletiva, de regulamento de empresa ou até do contrato de trabalho e necessariamente deverá decorrer da existência de lucros. A participação nos lucros é calculada de acordo com um percentual sobre os lucros e o prêmio normalmente é pago num valor fixo.”

A própria OIT, em uma de suas publicações, estabeleceu que os prêmios estão relacionados com a produção individual do trabalhador ou de um grupo de empregados; já a participação nos lucros não fica atrelada exclusivamente à produção do trabalhador isolado, mas também à direção, à eficiência, à organização adequada e racional da produção, à situação geral do mercado, entre outros pontos (OIT, 1983, p. 92).

Com relação à gratificação, esta difere da participação, uma vez que consiste numa mera liberalidade do empregador, que se viu satisfeito com os serviços prestados pelo trabalhador.

---

ção ou pagamento em periodicidade inferior a um semestre civil, entre outras mudanças.

Ainda há que ressaltar o pagamento de gratificações, que não precisa seguir exigência formal alguma, também independe de a empresa ter conquistado lucro ou cumprido os resultados propostos.

De modo geral, a participação nos lucros ou resultados difere das demais prestações remuneratórias, visto que sua concessão não se vincula somente à prestação individual dos serviços, mas, sim, ao resultado conquistado pelo todo, o que demonstra sua característica associativa (CATHARINO, 1994, p. 287).

#### **4. Lucros e resultados**

A Constituição de 1988 foi o primeiro texto legal a fazer menção à participação nos resultados e nos lucros. Uma leitura descuidada poderia sugerir a ideia de sinonímia, o que não seria uma interpretação correta. Como diretriz hermenêutica, apesar de não absoluta, o intérprete deve considerar que a lei não contém palavras inúteis. Assim, deve ele perquirir as distintas possibilidades semânticas dos vocábulos “resultado” e “lucro”, que são várias.

Lucro, na acepção ordinária de cunho mais genérico, corresponde a “ganho, vantagem ou benefício que se obtém de alguma coisa, ou com uma atividade qualquer” (FERREIRA, 2004, p. 1233). Num sentido técnico mais específico, pode ser compreendido como a diferença positiva entre o gasto numa cadeia de produção e o valor final das utilidades produzidas em determinado período. De todo modo, seu entendimento, na redação constitucional, não suscita grandes divergências. O mesmo, entretanto, não podemos afirmar acerca do termo “resultados”.

É comum a afirmação de que lucros e prejuízos seriam espécies do gênero “resultado”, o qual, portanto, poderia ser positivo ou negativo. É esse o significado adotado diversas vezes pelo próprio legislador ordinário. O artigo 187 da Lei nº 6.404/1976, por exemplo, estabelece a forma de elaboração da “Demonstração do Resultado do Exercício”, o qual poderá ser, conforme o disposto nos incisos IV e VII, lucro ou prejuízo. Uma vez que não faz sentido aduzir como direito do trabalhador participar dos resultados negativos da atividade empresarial, na referência constitucional a resultado, estaria implícita a sua predicação positiva e, assim, seu significado específico seria idêntico ou similar ao próprio lucro. No entanto, não nos parece que foi esse o sentido constitucional pretendido, pois implicaria dizer que o Constituinte foi redundante em sua redação.

O lucro é fruto típico da combinação entre o capital e o trabalho, mas não é o único proveito advindo dessa relação; outros podem dela derivar, como, por exemplo, o ganho na alienação de uma empresa. Dessa venda, parte do preço pago pode decorrer da expectativa de lucros futuros. To-

davia, no caso de o adquirente ser também uma pessoa jurídica e incorporar a empresa objeto da alienação, terá a possibilidade de premeditadamente reverter o valor pago a maior como prejuízo na operação de integração e, assim, anular todo o lucro futuro sobre o qual incidiria a participação dos trabalhadores.

Dessa forma, pode-se entender que o conceito adequado para “resultado” corresponde a todos os ganhos obtidos pelo capitalista além dos lucros, inclusive aqueles obtidos na alienação do próprio empreendimento. Diante dessas operações societárias, há duas soluções possíveis: i. assegurar ao trabalhador participação no resultado da alienação; ou ii. impedir legalmente que esse custo da aquisição do empreendimento pelo novo capitalista seja deduzido dos lucros futuros.

Consideramos que a posição mais apropriada é a primeira, por duas razões: i. é compatível com o espírito de proteção do trabalhador, visto que não difere o seu direito sobre um ganho já realizado; e ii. o valor da alienação é fixado levando-se em consideração o empregado do momento, isto é, o trabalhador presente. Portanto, nada mais justo que esse trabalhador receba sua participação no instante em que se verificarem os resultados, pois, do contrário, ele poderá ser excluído da dinâmica empresarial posteriormente sem receber nada por sua contribuição.

Pode-se pensar ainda que o uso do termo “resultado” se refere também à participação dos trabalhadores na produtividade alcançada por empreendimentos que não tenham o lucro por finalidade. É o caso de instituições de beneficência, associações recreativas, entre outras, que, apesar de não visarem à obtenção de lucros – ou seja, remunerar o capital investido –, têm a possibilidade de alcançarem resultados operacionais positivos. Relativamente a esse montante, não poderiam ser excluídos da participação os traba-

lhadores das referidas entidades. Num exemplo, devem ter direito similar à participação os professores e funcionários de escolas constituídas no modelo de empresa e de entidades sem fins lucrativos. No primeiro caso, a participação seria sobre o lucro; no segundo, sobre o resultado.

Essa é uma interpretação sistemática do texto constitucional, visto que não é coerente reconhecer que o Constituinte tivesse por finalidade prejudicar os trabalhadores dessas entidades destituídas de caráter lucrativo. Assim, o conceito de resultado é mais amplo e generalista e sua distinção da definição de lucro é fundamental para se delimitarem as bases em que será operado o plano de participação dos empregados.

## 5. Natureza jurídica

Feitas as devidas considerações sobre o que se entende por PLR, é fundamental definir sua natureza jurídica, isto é, “determinar sua essência para classificá-lo dentro do universo de figuras existentes no direito”. (NASCIMENTO, M., 2012, p. 136).

No que diz respeito à PLR, apontam-se três correntes, quais sejam: i. participação como verba salarial; ii. como decorrência de contrato de sociedade e iii. como contrato *sui generis*.

Para a primeira corrente, “participação como verba salarial”, o fato de a PLR consistir em uma retribuição pelo trabalho desenvolvido complementar à remuneração e não implicar qualquer responsabilidade do trabalhador durante períodos de prejuízo da empresa expressa sua natureza salarial. Todavia, é fundamental destacar que, com a promulgação da Carta de 1988, ficou enunciado, de forma expressa, que a PLR encontra-se desvinculada das verbas salariais, o que ressalta a inaplicabilidade deste entendimento.

Em desacordo com a teoria da natureza salarial, a segunda vertente entende a PLR como

consequência de um contrato de sociedade celebrado entre trabalhador e empregador, visto existir uma *affectio societatis*, com a qual ambos contribuem para o bom funcionamento da empresa. Por essa teoria, o empregado se equipararia ao empregador, uma vez que assumiria condição de sócio. Entre os críticos dessa teoria encontra-se Guilherme Cabanellas de Torres (1968 apud NASCIMENTO, M., 2012, p. 138), que enunciou ser inaceitável tal pensamento, porque os trabalhadores da empresa ainda estão sujeitos ao controle de direção do empregador, afastando, portanto, a *affectio societatis*. Segundo o autor, não há participação dos trabalhadores na administração da empresa.

Por fim, a terceira corrente adota uma posição intermediária. Entende a PLR como resultante de um contrato *sui generis*, situado entre o contrato de trabalho e de colaboração.

Amauri Mascaro Nascimento (1994, p. 83) esclarece que, por essa teoria, ao firmar a participação nos lucros ou resultados, não haveria descaracterização do contrato de trabalho nem seria o empregado alçado à condição de sócio. Realça ainda que

“A tese de participação nos lucros como contrato *sui generis* parte do pressuposto de que a sua instituição indica o início da sonhada fase de transição ente o regime do salário e o regime da sociedade, situando-se o sistema de participação exatamente como a ponte através da qual serão percorridos os caminhos que permitirão ao trabalhador afastar-se da sua condição desfavorável, como segmento social, para situar-se em posição melhor, ao lado do capital e usufruindo as vantagens dele. Aceita essa tese, a participação nos lucros não é salário, mas também não faz do assalariado um sócio do empregador” (NASCIMENTO, 1994, p. 83).

Em nosso ordenamento, essa teoria é a mais aceita e a que mais se coaduna com o texto constitucional de 1988. Conforme enuncia

Marcelo Mascaro Nascimento (2012, p. 139), a PLR, segundo os moldes constitucionais, seria uma “percepção econômica do trabalhador como decorrência da relação de emprego, inconfundível com salário”. Assim, a natureza jurídica desse instituto é expressa em sua própria denominação, participação.<sup>5</sup>

## 6. Pagamento da PLR: direito ou faculdade?

Como visto acima, o estudo da participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa ainda suscita inúmeras questões. Um ponto bastante controverso é identificar a PLR como uma mera expectativa do empregado ou um direito do trabalhador, assim como previsto no texto constitucional. A temática, portanto, concentra-se em reconhecer a participação dos trabalhadores como uma facultatividade ou como uma obrigatoriedade do empregador em negociá-la.

Desde a edição da Lei nº 10.101/2000, acirrou-se o debate em torno da obrigatoriedade ou não de as empresas pagarem referida parcela aos trabalhadores. Defendendo a primeira posição, Arion Sayão Romita (1995, p.9) entende que, por estar inserida entre os direitos sociais, a distribuição da participação seria compulsória e teria imediata exigibilidade, em razão do seu caráter de direito constitucional fundamental. Sólton de Almeida Cunha (1997, p. 97), na mesma linha, declara que a participação seria ato obrigatório: “por se tratar de norma constitucional, imperiosa e inderrogável, temos que nenhuma negociação coletiva aí incluída, relativa à participação nos lucros ou resultados, pode ser recusada pela empresa. Questionada pelo sindicato, a empresa

<sup>5</sup> Para Marcelo Mascaro Nascimento (2012, p. 139), a participação nos lucros ou resultados tem efeito integrativo, visto que estimula o trabalhador a participar do desenvolvimento da empresa.

deve negociar.” Nesse sentido, o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo editou o Precedente Normativo nº 35, *in verbis*:

“1. Empregados e empregadores terão o prazo de 60 (sessenta) dias para a implementação da medida que trata da participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas, sendo que para tal fim deverá ser formada, em 15 (quinze) dias, uma comissão composta por 3 (três) empregados eleitos pelos trabalhadores e igual número de membros pela empresa (empregados ou não) para, no prazo acima estabelecido, concluir estudo sobre a Participação nos Lucros (ou resultados), fixando critérios objetivos para sua apuração, nos termos do artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal, sendo assegurada aos Sindicatos profissional e patronal a prestação da assistência necessária à condução dos estudos.

2. O desrespeito aos prazos acima pelo empregador importará em multa diária de 10% (dez por cento) do salário normativo até o efetivo cumprimento, revertida em favor da entidade sindical dos trabalhadores.

3. Aos membros da Comissão eleitos pelos empregados será assegurada estabilidade no emprego por 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da eleição” (SÃO PAULO, 2008).

Assim, o Egrégio Tribunal passou a entender que a distribuição da participação seria uma obrigação imposta ao empregador, o qual deveria observar os prazos fixados pelo próprio Juízo. No entanto, em via recursal, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) reformou inúmeras sentenças normativas, sob o fundamento de que a PLR deveria ser estabelecida por acordo entre as partes, não reservando à Justiça do Trabalho atuação nesse âmbito. Nesse entender:

“DISSÍDIO COLETIVO – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E/OU RESULTADOS DAS EMPRESAS – MATÉRIA DISCIPLINADA POR LEI. Consoante jurisprudência dominante no âmbito desta Seção Especializada, a condição não pode ser imposta por sentença normativa, eis que a matéria em questão encontra-se regulada por dispositivo legal (Lei nº 10.101, de 19.12.2000). Ademais, nos termos do artigo 4º da referida Lei, não havendo acordo entre as partes no sentido da implementação da parcela via instrumento normativo, a regulamentação supramencionada remete a solução do litígio à mediação ou à arbitragem. Recurso Ordinário parcialmente provido” (BRASIL, 2002).

A diretriz do TST está transposta no voto do Ministro Gelson de Azevedo:

“Na Lei nº 10.101/2002 dispõe-se sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, estabelecendo-se que a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados (art. 2º) e que, ocorrendo impasse na negociação, as partes poderão utilizar-se da mediação ou arbitragem de ofertas finais (art. 4º).

Logo, não cabe à Justiça do Trabalho, em decisão normativa, estabelecer normas procedimentais para a criação da comissão em referência na norma tampouco estabelecer prazo para a conclusão de estudos relativos à participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, os quais devem resultar de lei ou de acordo entre as partes. Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário, para excluir a cláusula 49ª da decisão normativa” (BRASIL, 2007).

Portanto, segundo o Tribunal Superior do Trabalho, a PLR só poderia advir do acordo entre as partes, por se caracterizar como uma mera liberalidade do empregador. Não poderia ser fixada via sentença normativa.

Na mesma toada do entendimento jurisprudencial, grande parte da doutrina se posiciona pela não compulsoriedade da distribuição da participação aos empregados. Expõe Antonio J. Peres Picolomini (2001, p. 177) que a Lei nº 10.101/00 se inclinou pela facultatividade da negociação. Assevera o autor que,

“[...] por fim, um aspecto que merece realce diz respeito à não obrigatoriedade de implantação de um plano de ‘PLR’. A Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000, na mesma linha mestra das Medidas Provisórias que a antecederam, não indica qualquer prazo dentro do qual um plano deve ser estabelecido. É no mínimo curioso esse aspecto, que precisa, todavia, ser entendido na sua exata dimensão. Um plano dessa natureza, centrado na importância da convergência de esforços, levando a uma visão abrangente do relacionamento Capital/Trabalho, aumentando a compreensão da natureza do negócio entre os empregados, não deve ficar condicionado, quanto à sua implantação, a um prazo predeterminado. Seria enganoso se o fizesse. Se é da própria essência da ‘PLR’ a negociação direta entre os partícipes interessados, nada mais justo e adequado do que deixar, a critério único desses mesmos diretamente interessados, todas as condições básicas de atingimento de resultados, índices, programas, metas, prazos, etc. As partes decidem como, quando e o que querem fazer.”

Marcelo Mascaro Nascimento (2012, p. 160), sustentando-se no art. 616 da CLT<sup>6</sup>, defende que a PLR seria uma mera liberalidade, “um ato generoso em prol de seus colaboradores”. Ressalta que, pelo dispositivo acima, a negociação seria procedimento compulsório para as partes, mas o desfecho, não. O acordo seria opcional, pois os envolvidos não poderiam ser obrigados a se conciliar.

De modo geral, em que pese a posição do TRT-SP e de alguns poucos doutrinadores, o entendimento majoritário é de que a PLR pelos emprega-

---

<sup>6</sup> CLT. Art. 616. Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) (BRASIL, 1943).

dos seria uma mera expectativa, para a qual não haveria, quando descumprida, qualquer sanção.

Esse pensamento majoritário, contudo, precisa ser revisto, pois não se enquadra nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988, que reconhece a PLR no art. 7º, XI, como um direito social fundamental, cuja efetivação deveria ser um objetivo perseguido pelo Estado. Ademais, a Lei nº 10.101/2000, em seu artigo 2º, estabelece que a PLR “será” objeto de negociação entre a empresa e seus empregados. Sendo a regência do verbo imperativa, entende-se que as partes devem necessariamente negociar o plano de PLR.

A Constituição, apesar de solidamente fíncada no modelo liberal-capitalista, tem caráter intervencionista acentuado, sobretudo na regulação das relações de trabalho. Não deixa as forças do mercado fixarem livremente as contrapartidas recebidas pelo trabalhador. Pelo contrário. Orientada pela consciência de que o trabalhador é a parte frágil nas relações de produção, o qual, se submetido a negociações sem amarras, muito pouco obteria dos ganhos advindos, fixou direitos não renunciáveis aos seus titulares, como o salário mínimo.

Tendo em vista toda a sistemática constitucional de proteção ao trabalhador, não nos parece defensável a facultatividade da PLR com base na alegação de que a nossa Carta Magna não a teria garantido explicitamente. Um direito reconhecido historicamente não poderia ser enfraquecido em virtude de uma mudança redacional do dispositivo na Constituição de 1988. A PLR continua a ter o caráter de direito inalienável e inafastável. Caso o legislador constituinte de 1988 quisesse alterar o entendimento formado desde o texto constitucional de 1946, teria consignado expressamente o caráter facultativo da PLR.

Além disso, a posição geográfica de um direito indica as diretrizes para a sua própria

interpretação. Dessa forma, ao inserir a PLR dentro do título “Dos direitos e garantias fundamentais”, o legislador constituinte deixou expresso que o instituto em apreço deve ser interpretado como um direito e não como expectativa de direito. Considerar a PLR uma mera liberalidade à disposição do empresário é desconsiderar a índole constitucional ínsita nos domínios dos direitos sociais. É relegar à inaplicabilidade instituto tão relevante para promover o equilíbrio na repartição dos ganhos provenientes do modelo econômico juridicamente constituído.

Por essa razão, visualiza-se uma incongruência sistemática. A própria lei que regulamenta esse direito social (Lei nº 10.101/2000) deveria estabelecer os parâmetros regulatórios e coercitivos para a sua efetivação nos casos de recusa por parte da empresa na sua implementação, inspirando-se até mesmo nas diretrizes pensadas pelo TRT-SP, mas não pela ação normativa dos Tribunais Trabalhistas brasileiros. Assim, atender-se-ia o caráter finalístico e ordenador do sistema constitucional traçado na Constituição de 1988.

Além disso, da discricionariedade conferida ao empregador para a elaboração do plano de participação nos lucros ou resultados da empresa podem emergir outros problemas, como se analisará a seguir.

## 7. Negociação da PLR

Visto que o entendimento construído legal, jurisprudencial e doutrinariamente não atende ao caráter finalístico constitucional do instituto em tela, alguns outros questionamentos podem ser levantados no tocante à regulamentação da participação nos lucros ou resultados no Brasil, entre os quais: i. adesão de critério subjetivo de metas; ii. pagamento em valores fixos; e iii. bases de cálculo inconsistentes.



Sobre a determinação das regras atinentes à participação, o art. 2º, §1º, da Lei nº 10.101/2000 enuncia que “dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas [...]” (BRASIL, 2000). Entretanto, o que ocorre, na grande maioria dos acordos, é o estabelecimento do plano com critérios obscuros e subjetivos e até mesmo, em alguns casos, verifica-se a omissão dessas informações. Tal fato pode se dar, entre outros fatores, em razão da faculdade de o empregador negociar o plano de participação, de forma que, caso existam muitas exigências dos trabalhadores, o empregador simplesmente não as acolhe.

A doutrina entende como critérios objetivos aqueles que permitem quantificar o direito dos trabalhadores, a citar, por exemplo, a pontualidade, o aumento de vendas, implementação de novos programas de produção, diminuição dos custos, entre outros. Requisitos como lealdade, criatividade, espírito de equipe não podem ser utilizados como parâmetros para a elaboração do plano, pois somente criariam mais contravérsias a respeito do instituto.

Na segunda parte do referido dispositivo, a lei apresenta condições, tais como plano de metas, índices de produtividade, qualidade, entre outros, como forma de se mensurar o desempenho dos trabalhadores beneficiários do plano de participação. No entanto, o que acaba por ocorrer, em sua generalidade, é uma convenção de pagamento em valores fixos, independentemente dos critérios acima considerados. Por não existir nenhuma disposição legal que vede a distribuição dos lucros ou resultados em valor fixo, em tese, tal prática não seria proibida. No entanto, Ciro P. da Silva (1999, p. 136) critica esse posicionamento, pois, segundo o autor, o pagamento deve ser proporcional à capacidade contributiva do empregado.

Nesse sentido, Sólton de Almeida Cunha (1999, p. 212) entende que o pagamento em valores fixos seria ineficiente para estimular o aumento de produção, uma vez que não se encontra vinculado a metas de trabalho. Marcelo Mascaro Nascimento (2012, p. 112) partilha do entendimento de que distribuir um valor fixo aos empregados não configura distribuição nos lucros ou resultados, defendendo inclusive que tais valores sejam incluídos na remuneração do trabalhador.

Outro ponto diz respeito à dubiedade da base de cálculo da participação nos lucros ou resultados. Como visto, caso o empregado alcance as metas estipuladas no plano, ele receberá um adicional a ser pago em número de salários ou um percentual dado sobre sua remuneração. No entanto, essa forma de cálculo, ao considerar exclusivamente o salário-base ou outras parcelas integrantes da remuneração do trabalhador, como prêmios e gratificações, é incongruente com a moldura constitucional da PLR, como demonstraremos a seguir.

## 8. Proposta de quantificação

Seguindo a visão da PLR como um direito do trabalhador, é fundamental analisarmos a estrutura normativa desse instituto.

A participação deve ser compreendida como uma regra jurídica composta por duas partes: uma hipótese<sup>7</sup> e um prescriptor<sup>8</sup> numa relação de imputação. Verificada a causa, impõe-se a consequência. A hipótese refere-se a um fato<sup>9</sup>, enquanto a consequência enlaça

<sup>7</sup> Também chamada de antecedente ou descritor, que corresponde à causa jurídica.

<sup>8</sup> Também chamado de consequente, pois, como este próprio nome indica, é consequência jurídica desencadeada pela causa.

<sup>9</sup> Mais precisamente a um conjunto de fatos, conjunto este abstratamente definido.

os efeitos jurídicos que devem decorrer desse acontecimento.

Conforme entende Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 298), tanto o antecedente quanto o consequente possuem elementos identificativos. Para o primeiro, há de se encontrar um critério material (comportamento de um indivíduo), condicionado no tempo e no espaço (critérios temporal e espacial, respectivamente). Já em relação à consequência, há de se identificar um critério pessoal (sujeitos ativo e passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Para a PLR, tem-se, no antecedente, num período e lugar determinados, a obtenção de lucros ou resultados; no consequente, uma relação jurídica entre o empregador e o trabalhador. A relação é de cunho patrimonial e seu objeto é a pecúnia. A quantificação desse valor decorrerá da comunhão da base de cálculo e do percentual.

Sendo assim, a base de cálculo pode ser entendida como a dimensão econômica da hipótese normativa, ou seja, o montante do lucro ou resultado. Isto é, a base de cálculo tem por finalidade “dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, para que, combinando-se à alíquota, seja determinado o valor da prestação pecuniária” (CARVALHO, 2011, p. 400). Assim, a base de cálculo teria três funções distintas: i. medir as proporções reais dos fatos; ii. compor a exata determinação da dívida; e iii. confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material contido no antecedente da norma.

O percentual ou alíquota, por sua vez, agregado à base de cálculo, delimita o *quantum debeatur* a ser exigido do empregador, em cumprimento da obrigação decorrente do fato descrito no antecedente. Como sugere a própria etimologia da palavra, “alíquota” quer dizer parte, uma fração que se contém do todo. É percentual, quota, que concretiza o ditame

constitucional de “participação” e é o único passível de ser submetido à negociação.

Assim, em virtude do acontecimento do fato previsto na hipótese – ter lucro ou resultado – fica investido o trabalhador, na condição de sujeito ativo, do direito subjetivo de exigir do empregador, como sujeito passivo, a importância correspondente à participação.

Além disso, entendemos que a lei deve, primeiramente, definir e preservar a base de cálculo, de forma a garantir que os lucros e resultados reflitam, efetivamente, os ganhos da relação capital/trabalho. A lei deve estabelecer critérios para aferição dos lucros e resultados e impor medidas que impeçam o empregador de os erodir, uma vez que, tendo o domínio sobre a dinâmica da empresa, o empresário pode se valer de uma série de subterfúgios para alcançar esse desiderato inconstitucional em seu proveito exclusivo. Inúmeros são os mecanismos que possibilitam a evasão de valores da base, como operações de comércio exterior entre partes vinculadas ou mesmo operações internas entre empresas de um mesmo grupo econômico de forma a escoar o lucro para apenas uma delas, a qual estrategicamente não teria empregados. Nesse último caso, uma das medidas antievasivas poderia ser o estabelecimento da participação por grupo econômico e não por empresas individuais.

A lei deve também definir parâmetros para a fixação do percentual da participação. Nessa função, deve elencar critérios alternativos para a mensuração do percentual, assim como deve instituir um piso de forma a impedir que, por meio de uma alíquota nula, possa ser negado ao trabalhador o seu direito à participação sobre os ganhos da atividade. Metas podem ser fatores aptos ao estabelecimento do percentual de participação, mas deve ser respeitado o mínimo legal.

Em face dessa necessária estrutura normativa decorrente da própria natureza jurídica

da PLR, estamos seguros ao afirmar que montantes fixos ou calculados sobre valores diversos do próprio lucro/resultado não atendem à índole constitucional do instituto.

## 9. Conclusão

A PLR decorre do modo de produção e deve ser considerada um direito constitucionalmente assegurado ao trabalhador.

Nossa ordem jurídica não autoriza o responsável pela organização do capital a se assenhorear dos ganhos da empresa. Os empregados, atores nitidamente também responsáveis pela obtenção desses resultados, têm direito à sua porção. É só através da obrigatoriedade legal desse instituto, do resguardo da base de cálculo e do manejo do percentual – medidas ainda não contempladas na legislação atualmente em vigor – que serão cumpridos os objetivos de ordem econômica e social traçados na nossa Constituição relativamente à PLR.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 9 ago. 1943.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. [Lei das S/As]. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 1976.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado n. 251 (Res. 17/1985). DJ. 13 jan. 1986.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

\_\_\_\_\_. Medida provisória n. 794, de 29 de dezembro de 1994. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas e dá outras providências. [Reeditada pela Mpv nº 860, de 1995]. *Diário Oficial da União*, 30 dez. 1994.

\_\_\_\_\_. Medida provisória n. 1.539-34, de 7 de agosto de 1997. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 1997.

\_\_\_\_\_. Medida provisória n. 1.698-46, de 30 de junho de 1998. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. [Reeditada pela Mpv nº 1.698-47, de 1998]. *Diário Oficial da União*, 1º jul. 1998.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 dez. 2000.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n. 709772/2000. Relator Ministro Rider Nogueira de Brito. DJ, 13 dez. 2001. *Diário da Justiça Eletrônico*, 1<sup>a</sup> mar. 2002.

\_\_\_\_\_. Recurso ordinário interposto pelo ministério público do trabalho n. 20319/2005-000-02-00. *Dário da Justiça*, 18 maio 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: LTr/Edusp, 1994.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito social*. São Paulo: LTr, 1980.

CUNHA, Sólton de Almeida. *Da participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados. *Revista LTr legislação do trabalho*, Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 35, n. 41, p. 205-213, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

GONZALEZ, Ismal. *Participação dos empregados nos lucros ou resultados como meio de sua integração na empresa*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções, 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Participação dos empregados nos lucros das empresas*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. t.6.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria jurídica do salário*. São Paulo: LTr, 1994.

NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Participação dos empregados nos lucros e resultados da empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Manual de Educación Obrera: los salarios*. 3.ed. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1983.

PICCOLOMINI, Antonio J. Peres. Participação nos lucros ou resultados: agora é lei! *Revista LTr legislação do trabalho*, Suplemento Trabalhista, São Paulo, v.37, n.33, p. 175-177, 2001.

ROCHA, Valdir de Oliveira. A constituição e a participação dos empregados nos lucros ou resultados e na gestão das empresas. In: \_\_\_\_\_. (Coord.) *Participação dos empregados nos lucros*. São Paulo: Dialética, 1995.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. Participação nos lucros ou nos resultados: instrumentos previstos para negociação, mecanismos de composição de litígios. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.) *Participação dos empregados nos lucros*. São Paulo: Dialética, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 2<sup>a</sup> Região. Precedente n. 35. *JusBrasil*, 2008. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/noticias/176085/trt-sp-aplica-precedente-n-35-para-dirimir-conflito-em-eletronicas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

SARASATE, Paulo. *Participação nos lucros e na vida das empresas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

SILVA, Ciro Pereira da. *A hora e a vez do salário variável: a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa*. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1997. v.1.

TRINDADE, Washington Luiz da. Os fundamentos doutrinários da participação nos resultados. *Trabalho e Processo*, São Paulo, n. 6. p. 59-65, set. 1995.

# O não cumprimento dos contratos de licença e uso de *software* e sua distribuição indevida por não detentor de direito autoral

ALEX BASTOS COSTA  
HADASSAH LAÍS S. SANTANA  
WILSON B. ALMEIDA

## Sumário

1. Introdução. 2. Conceitos e especificações dos contratos de *software*. 3. Legislação brasileira. 4. A distribuição indevida do *software* e a efetividade do contrato de licença e uso. 5. Análise do Recurso Especial nº 913.008 – RJ. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

Alex Bastos Costa é bacharelado pelo Centro Universitário Euro-Americano (DF).

Hadassah Laís Santana é mestranda pela Universidade Católica de Brasília e professora.

Wilson Almeida é pós-doutor pela University of Wisconsin-Madison/Georgetown University, diretor da Escola de Direito da Universidade Católica de Brasília e professor da mesma universidade.

O grande avanço tecnológico tem proporcionado mudanças em diversas áreas da sociedade, como a rede de telefonia, o comércio de eletrônicos, cinema, arte, cultura. Boa parte dos estabelecimentos em que estamos inseridos hoje possuem tecnologia ligada às suas atividades, como os *smartphones* que se tornaram gerenciadores de vidas, as televisões que ocupam espaço nas salas de espera de consultórios ou o uso de computadores que movimentam grandes companhias.

A interação da sociedade com o mundo cibernético é muito maior do que há 15 anos. Hoje já é possível realizar compras de qualquer lugar do mundo sem precisar sair de casa, bastando apenas ter acesso à *internet* e um cartão de crédito. A rede mundial de computadores permite que seus usuários possam comunicar-se de maneira mais rápida e cômoda, encurtando distâncias que antes eram barreiras.

Com o crescimento da *internet* e das aplicações de *smartphone*, cada vez mais os usuários realizam ações e gerenciam suas vidas com o clique

num *mouse* ou um toque na tela de um celular. A evolução permitiu que os computadores se tornassem algo indispensável na sociedade.

Nesse universo fascinante que é o mundo cibernético, surge a necessidade de o ordenamento jurídico tutelar, de forma eficaz, os direitos, seja daqueles que utilizam as ferramentas disponibilizadas, seja daqueles que as criam, como os desenvolvedores de *software*.

A Lei de Direitos Autorais (BRASIL, 1998a) e a Lei do *Software* (BRASIL, 1998a) tutelam direitos e dão providências àqueles que não cumprirem o que elas regulam; porém, a pirataria no Brasil já faz parte do mercado e tem crescido de forma exorbitante com o passar dos anos, sendo os criadores de *software* aqueles que mais tiveram seus direitos violados.

Neste artigo, apresenta-se a dificuldade do ordenamento jurídico brasileiro em tutelar, de fato, os direitos do autor de *software*, de acordo com as legislações atualmente em vigor. Destaca-se também a eficácia do cumprimento das legislações na punibilidade dos agentes causadores da pirataria.

A grande maioria dos usuários de *software* não se preocupa com os termos de licença do programa. No ambiente domiciliar e corporativo, a cada dia são realizadas ações ilegais para adquirir licenças de uso. Esse comportamento decorre da ideia de que, uma vez que paga pelo programa de computador, o usuário passa a deter sua propriedade, o que não é verdade, já que o *software*, em sua maioria, não é vendido, apenas licenciado.

Cada vez mais os contratos de licença e uso passam despercebidos pelos usuários, que não se preocupam com os termos aos quais estão vinculados. Há 20 anos, essa situação seria completamente reprovável; afinal, como se poderia concordar com algo que não se sabe do que se trata? Aceitar um termo de uso sem ler é o mesmo que assinar um contrato sem saber o que está estipulado.

No primeiro item, abordam-se os conceitos técnicos, indicando quais os tipos de *software* e os contratos que o têm como objeto jurídico, destacando ainda, os princípios que fazem parte das relações contratuais.

No segundo item, trata-se dos conceitos que envolvem o direito autoral e a pirataria, juntamente com a natureza jurídica do *software*, dando espaço também para a apresentação da sua titularidade e como se dá a violação da propriedade jurídica.

O terceiro item apresenta as formas de distribuição indevida do *software*, indicando como estas acontecem em seus meios e destacando a efetividade dos contratos de licença e uso de *software* que estão inseridos dentro dos programas.

O quarto e o último itens, apresentam um julgado do STJ que trata de uma situação de suposto não cumprimento do contrato de licença



e uso, em que se deve verificar, por meio de provas, se houve ou não o descumprimento do contrato.

## 2. Conceitos e especificações dos contratos de *software*

O *software* é caracterizado como um “conjunto de programas e procedimentos que permitem o processamento de dados no computador e comandam para o seu funcionamento, segundo os objetivos do usuário” (WALD, 1985, p. 407).

A Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei do *Software*), conceitua os programas de computador, em seu art. 1º, como:

“a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

A legislação em vigor no Brasil não diferencia a expressão “programa de computador” e *software*. As palavras revelam conceitos diferentes; porém, no dia a dia, tornaram-se semelhantes entre si, já que comumente são utilizadas de forma errônea em contextos diferentes.

O “*International Bureau of the World Intellectual Property Organization* divide o *software* em três categorias: [...] o programa de computador, [...] a descrição do programa [...] e o material de apoio ou suporte” (WALD, 1985, p. 408). Dessa forma, é possível observar que o *software* apresenta uma conceituação muito mais abrangente do que a expressão “programa de computador”, já que abarca outros dois itens.

Arnoldo Wald (1985, p. 407) destaca que:

“O programa de computador, tal como legalmente definido no direito norte-americano, constitui um conjunto de afirmações e instruções para serem utilizadas, direta ou indiretamente [...]. O *software* é constituído por um conjunto de instruções, expressando idéias, as quais são veiculadas mediante a gravação num bem tangível, como, por exemplo, um disquete ou uma fita magnética ou uma pastilha semicondutora. Assim, a substância do *software* é intangível, embora sua expressão e veiculação sejam processadas em bens tangíveis.”

A confusão no entendimento dos conceitos é comum, seja porque não há o conhecimento dos termos técnicos da área específica, seja porque o avanço tecnológico entrou de forma brusca na vida das pessoas, que ainda não se adaptaram a tantas e novas terminologias. Todos os *softwares* que utilizamos em *notebooks* e *desktops*, como *Word*, *Excel*, *Photoshop*, são

programas de computador, que acompanham uma documentação necessária, instruções e uma licença de uso. De forma conceitual e técnica, o programa de computador não é um *software*, mas sim parte deste.

De acordo com Tarcísio de Queiroz (CERQUEIRA, 2000, p. 67-69), os *softwares* se dividem em três tipos: *software* sob encomenda, o de prateleira e o de mercado de nicho. O *software* sob encomenda é aquele desenvolvido de acordo com as necessidades, requisitos e especificações indicadas pelo contratante, ou seja, é o *software* criado da maneira que o cliente exige, com todas as qualidades, padrões, tamanhos e dados contidos no contrato. Os contratos de licença e uso são redigidos cuidadosamente, pois, dependendo da maneira como as cláusulas forem escritas, e também, como, onde e com quais ferramentas o *software* for criado, quem deterá os direitos sobre este será o contratante, e não quem realmente escreveu os comandos do programa, como preceitua o art. 4º da Lei 9.609/1998:

“Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos” (BRASIL, 1998a).

Os casos mais comuns na fabricação desse tipo de *software* são aqueles criados especialmente para determinadas empresas. Exemplos: uma rede bancária que utilize um programa de computador próprio para o gerenciamento de contas de clientes; companhias de carros que se utilizem da ferramenta para controlar as vendas; ou até mesmo tribunais que utilizem sistemas

próprios de gerenciamento de processos judiciais eletrônicos.

O *software* de prateleira é aquele que pode ser adquirido em qualquer loja especializada, e cuja licença permite apenas o seu uso. É definido como “programa de computador produzido em larga escala de maneira uniforme e colocado no mercado para aquisição por qualquer interessado sob a forma de cópias múltiplas” (MICHETTI, 2006). O nome é devido aos *softwares* que ficam expostos nas prateleiras das lojas de informática, onde o cliente apenas escolhe o produto e adquire-o. Com a atual tecnologia e o crescimento do comércio eletrônico, a compra de *software* não precisa necessariamente ser realizada em lojas físicas. Ela pode ser efetuada na rede mundial de computadores e diretamente dos sites das empresas; em vez de se receber um CD físico em casa ou retirá-lo em lojas, o adquirente efetua o *download* do *software* por meio de um site, após realizar o pagamento. Como exemplo, temos os famosos produtores e editores de texto do pacote *Microsoft Office* e os editores de imagens e vídeos da *Adobe*, que ocupam boa parte das vitrines de lojas por todo o País.

O *software* de mercado de nicho é o *software* criado para um determinado grupo de pessoas, faculdades, companhias. Na maioria das vezes, já se encontra pronto ou pré-pronto, precisando apenas de alguns *upgrades*, ajustes e que seja instalado nas máquinas. É o caso do *software* criado para gerenciar as vendas de um determinado estabelecimento, como uma pizzaria. A empresa contratante paga pela licença de uso. Os criadores, por sua vez, já possuem um programa de computador que atenderá as necessidades de venda da pizzaria, mas que não foi criado exatamente para aquele estabelecimento. Caso outra empresa entre em contato com os criadores, apenas se farão atualizações ou ajustes para que o novo *software* seja utilizado

pelo novo cliente. Com a atual tecnologia que os criadores de programas detêm, esse tipo de *software* vem ganhando grande visibilidade. Por ter um público alvo mais amplo, mais empresas têm desenvolvido esse tipo de *software*.

O escritor Maurício Mota (2004, p. 230-232), indica quais são os contratos que têm o *software* como objeto do negócio jurídico:

Os contratos de distribuição, revenda ou representação de *software* são contratos realizados entre a empresa que cria os *software* (*softhouse*) e um representante. Normalmente, nesse contrato constam cláusulas que não permitem que o representante nomeie outros representantes ou revendedores.

Os contratos de desenvolvimento de sistema por encomenda são os estipulados por determinada empresa que contrata uma companhia de fabricação de *software* para produzir um programa de computador que atenda a todas as especificações do contratante. São os contratos-alvo do tipo de *software* sob medida, já citado.

O contrato de edição consiste em realizar um serviço em que determinada empresa (distribuidora) se dispõe a assumir a responsabilidade pela estrutura comercial dos programas de computador criados por outras empresas. Essa responsabilização vai desde a criação das embalagens dos programas de computador e dos banners de divulgação, até o levantamento de *stands* e lojas alvo para a divulgação do produto.

Os contratos de manutenção de computador são os celebrados entre os técnicos e contratantes, e nos quais geralmente são estipuladas visitas periódicas para a atualização e manutenção do *software*, de forma a evitar futuros erros ou travamento durante a utilização pelos funcionários.

O contrato de licença é o contrato pelo qual “o titular de um direito sobre uma coisa incorpórea (licenciante) proporciona a outrem (licenciado) o uso desse direito ou de uma fa-

culdade desse direito. Na maioria dos casos, o direito de uso é temporário e remunerado” (ALMEIDA, 2007, p. 220). Nesse tipo de contrato, o usuário não se torna proprietário da obra, mas tem apenas uma licença (permissão) para o uso da obra, de forma não exclusiva. O usuário não pode transferir, comercializar, doar, arrendar, alienar ou sublicenciar o produto a outra pessoa. O licenciado não é dono do produto, ele apenas usufrui das funções que a obra oferece, sem direitos de transferência de qualquer tipo, seja por mídias físicas (CDs, HDs, *pendrives*), seja por meio eletrônico (compartilhamento pela rede mundial de computadores).

### 3. Legislação brasileira

Há um ramo jurídico destinado a proteger os direitos dos criadores de obras, tanto as tangíveis quanto as intangíveis. Tudo o que pode ser inventado é disciplinado e regulado pela propriedade intelectual e pela lei de direitos autorais.

Os programas de computador são definidos pela Lei nº 9.610/1998, em seu artigo 7º, como “obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]”. Ainda de acordo com essa lei, as obras são “objeto de legislação específica, observadas as disposições desta lei que lhes sejam aplicáveis” (BRASIL, 1998b).

A Lei nº 9.609/1998 (Lei do *Software*) foi criada para regular as atividades que envolvam *software*, desde seus conceitos e prazos, até as cominações legais para aqueles que não cumprirem com o que foi acordado. O contrato de licença está disposto no Capítulo IV – Dos Contratos de Licença de Uso, de Comercialização e de Transferência de Tecnologia, do seu artigo 9º ao 14:

“Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença. Parágrafo único. Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no *caput* deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso.

Art. 10. Os atos e contratos de licença de direitos de comercialização referentes a programas de computador de origem externa deverão fixar, quanto aos tributos e encargos exigíveis, a responsabilidade pelos respectivos pagamentos e estabelecerão a remuneração do titular dos direitos de programa de computador residente ou domiciliado no exterior.

§ 1º Serão nulas as cláusulas que:

I – limitem a produção, a distribuição ou a comercialização, em violação às disposições normativas em vigor;

II – eximam qualquer dos contratantes das responsabilidades por eventuais ações de terceiros, decorrentes de vícios, defeitos ou violação de direitos de autor.

§ 2º O remetente do correspondente valor em moeda estrangeira, em pagamento da remuneração de que se trata, conservará em seu poder, pelo prazo de cinco anos, todos os documentos necessários à comprovação de licitude das remessas e da sua conformidade ao *caput* deste artigo.

Art. 11. Nos casos de transferência de tecnologia de programa de computador, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial fará o registro dos respectivos contratos, para que produzam efeitos em relação a terceiros. Parágrafo único. Para o registro de que trata este artigo, é obrigatória a entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia” (BRASIL, 1998a).

A partir deste artigo, é possível identificar a importância dos contratos que regulam os

*softwares* e neles estão estipuladas todas as permissões e restrições do usuário a respeito do programa adquirido.

Quanto à proteção dos direitos do autor, a lei disciplina em seu art. 2º, § 5º, do Capítulo II – Da Proteção dos Direitos do Autor e do Registro:

“Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa” (BRASIL, 1998a).

Portanto, apenas o autor do *software* pode dispor da obra da maneira que desejar. Somente ele pode vender, comercializar, transferir ou autorizar que qualquer outra pessoa o faça, sendo que seu direito de autor não se acaba quando ocorre a venda, licença ou a transferência do programa.

De acordo com o que dispõe o art. 7º, inciso XII, da Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais), os programas de computador têm natureza jurídica de direito autoral dessa forma, não há como se falar em compra e venda de *software*, pois o que é adquirido é apenas uma licença de uso e não o direito exclusivo sobre o *software*.

“O *software* é tutelado internacionalmente como obra literária, sendo, portanto, admissível a aplicação das normas de proteção à obra intelectual, da qual a obra literária é uma das suas espécies” (WACHOWICZ, 2011, p. 164).

Os direitos autorais são regulados pela Lei nº 9.610/1998. A Constituição, no art. 5º, inciso XXVII, dispõe que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras [...]”. A lei “abrange todas as relações que envolvam negócios entre

autores e aqueles que comercializam, por qualquer meio ou forma, obras de engenho e arte” (CABRAL, 2009, p. 49).

De acordo com Guilherme Carboni, o direito de autor é o “conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas [...]”. Carboni (2003, p. 28) destaca ainda que:

“[...] predomina na doutrina o entendimento de que o direito de autor é um direito *sui generis*, uma vez que a sua natureza é moral – classificado como direito da personalidade – podendo, no entanto, produzir efeitos patrimoniais – que se aproximam do direito real – distintos entre si. [...] a partir do momento em que o autor decide publicar sua obra, um direito patrimonial aparece e irá viver de uma maneira própria, porque o próprio fato da publicação confere ao escritor e ao artista a possibilidade de se dedicar a uma exploração pecuniária da obra, através da reprodução ou execução, conforme o caso. [...] essas prerrogativas pecuniárias e morais se desenvolvem separadamente, mas de tal forma que as segundas possam, às vezes, se opor ao curso das primeiras, para que seja assegurada a salvaguarda dos interesses espirituais do autor.”

Wachowicz (2011, p. 321) aduz que o “sistema de proteção dos direitos autorais se baseia ainda na tutela do autor e na não utilização de sua obra, exceto mediante expressa autorização legal ou com seu consentimento”. Carboni (2003, p. 24) completa: “Os autores das criações intelectuais, seja no âmbito da técnica, ou no puramente estético, adquirem direitos exclusivos sobre suas produções, independentemente do valor técnico ou artístico que apresentem”.

A titularidade do *software* diz respeito àquele que detém a propriedade intelectual do programa de computador e que pode comercializar sua obra. O titular do direito de autor do *software* é o seu criador, exceto quando

objeto de contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Os programas de computador desenvolvidos durante a vigência de contrato de trabalho ou de prestação de serviços, pertencem exclusivamente ao empregador ou contratante de serviços, exceto se o criador houver firmado contrato que estipule o contrário. Portanto, os programas que dentro do ambiente de trabalho, com as ferramentas da empresa e/ou para a empresa, pertencem ao empregador do estabelecimento, como preceitua o art. 4º da Lei nº 9.609/1998:

“Art. 4º Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos” (BRASIL, 1998a).

Caso queira, o criador pode registrar o programa de computador, nos termos do decreto nº 2.556/1998 e normas do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual). Esse registro serve para comprovar quem é o criador do programa de computador. “O titular de direito é o criador, que concebe e materializa a obra, qualquer que seja sua idade, estado ou condições mentais, inclusive, pois, os incapazes, de todos os níveis” (GANDELMAN, 2004, p. 30).

O direito de exclusividade dos direitos autorais de *software* é de 50 (cinquenta) anos contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da sua publicação. Durante esse período, apenas o criador do *software* pode autorizar a sua utilização por meio do Contrato de Licença e Uso, e, na ausência deste, do “documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia

[...] para comprovação da regularidade de seu uso”, de acordo com a Lei nº 9.609/1998.

O criador do *software* pode, também, autorizar a comercialização e a transferência da tecnologia. Para esse ato, é necessário o registro dos contratos de transferência de tecnologia junto ao INPI, para que produza efeitos em relação a terceiros. Ressalte-se que ter contrato de licença não autoriza o licenciado a utilizar o *software* para comércio ou distribuição, a não ser que o criador autorize tal prática.

A violação da propriedade intelectual do *software* dá-se quando alguém expõe à venda, se apropria, reproduz, vende, introduz no País, adquire, oculta ou possui guardado, cópia ou *software* original sem a expressa autorização do autor ou do representante do mesmo.

Com o grande avanço tecnológico, os programas de computador podem ser facilmente copiados ou transmitidos de uma máquina para a outra, por meio de CDs e discos removíveis (*pendrives* ou HDs externos) e remetidos a outras pessoas, sem o devido pagamento pelo uso do programa e sem a preocupação pelos prejuízos que esse ato pode causar ao patrimônio do criador do *software* e também para a economia do País.

Parte dos usuários de *software* pensa que, se o programa foi adquirido de forma legal, seja em loja especializada, seja pela *internet*, o adquirente detém o direito de sua distribuição. Com esse pensamento, o usuário salva apenas uma cópia do programa em um *pendrive* e envia-o para seu amigo. No momento em que este decide salvar uma cópia daquele programa para enviar a outras pessoas (com a intenção de auferir lucro ou não), está violando a propriedade intelectual do autor, já que não tem permissão para efetuar essas transações. A licença, em regra, é apenas para um computador, exceto quando o contrato de licença e uso de *software* estipular o contrário.

Porém, como os usuários saberão as cláusulas dos contratos às quais estão se vinculando, se nem mesmo leem o que está escrito antes de clicar no botão “aceitar”? Pouquíssimas pessoas importam-se com adquirir licenças de *software* e estar dentro da lei; afinal, com a pirataria, é muito mais fácil e cômodo procurar por versões que podem ser baixadas da *internet*, de graça, e que apresentarão as mesmas funções da versão paga. Não há conscientização dos usuários de computador quanto à importância das cláusulas dos contratos dos *software* às quais estão se vinculando, muito menos quanto a preocupar-se com o saber se o criador está obtendo ou não lucro pelo programa criado. A facilidade da ilegalidade é muito mais efetiva quando se trata de adquirir programas de forma rápida.

Após todas essas etapas e atos, é perceptível que não há o cumprimento do contrato de licença e uso de *software* por parte daqueles que utilizam programas de computador. Muitos até desconhecem que esse contrato existe e que, ao clicar nos botões de “avançar” e/ou “aceitar”, estão vinculando-se às cláusulas completamente desconhecidas. Criou-se um comportamento de que estes contratos e termos não são importantes. No geral, os contratos são grandes, já que regulam todas as atividades referentes àquele programa de computador, desde os direitos do criador até os direitos do licenciado. Pelo fato de os contratos serem grandes, 95% dos usuários leem apenas o primeiro parágrafo e descem a barra de rolagem do *mouse* ou da página para avançarem com os procedimentos.

Essa atividade não é exclusiva de pessoas físicas que instalam programas de forma indevida em suas casas. No meio corporativo não é diferente: é grande a quantidade de empresas que se utilizam de meios não legais para burlar as taxas de impostos e custos altos gerados a partir da compra de um *software* original. Por vezes, isso acontece porque as empresas não se

sentem coagidas por um poder maior ou por um órgão especializado, a cumprirem o que determina a lei:

“O uso ilegal de programas de computador (*software*) para uso empresarial é uma das práticas mais comuns de pirataria corporativa. Para quem não sabe, a compra, aquisição e/ou utilização de *software* pirata sem as licenças de uso do programa é considerada crime, com punição de seis meses a dois anos de detenção. O uso de *software* ilegal, além de sujeitar as empresas a irremediáveis prejuízos quanto à imagem perante o mercado, ainda pode ser objeto de condenações penais e vultosas indenizações materiais. No dia a dia, quem pratica pirataria não tem direito a suporte do produto, nem a garantias ou atualizações, ficando sempre na chamada ‘clandestinidade’” (MANARA, 2008).

As leis de direito autoral e de *software* têm sido pouco eficazes na coerção de usuários mal intencionados na *internet*. Com tamanho avanço tecnológico, é quase impossível criar um meio de restringir *downloads*, acessos a sites ou impedir o compartilhamento de arquivos: caso acontecesse, contradiria o propósito com o qual a *internet* foi criada: o aumento ao acesso a informação.

Um problema grave que tem tomado grandes proporções é a quantidade de informações disponibilizadas por dia na rede mundial de computadores. O combate à pirataria não pode violar o direito dos usuários de possuírem a informação ao seu favor. O compartilhamento de programas de computador na *internet* raramente é visto como não ético pelos usuários, já que quem pirateia pouco se importa com o que o criador deixou de ganhar com ou com o que perdeu.

De acordo com um estudo realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), de 10,6 milhões de “baixadores” pesquisados, 81% (8,62 milhões) foram considerados piratas, o que corresponde a um total de 41% do total de pessoas que usam a *internet* no Brasil (IPEA, 2012, p. 15). Ou seja, quase metade de toda a população brasileira está envolvida com a pirataria no mundo digital, o que inclui *softwares*, músicas, filmes e séries de TV.

Para que haja maior proteção ao criador do *software* e o cumprimento eficaz das propostas elencadas nos contratos de licença e uso, é necessário frear o avanço da pirataria no mundo cibernético, que já tomou proporções tão grandes que hoje é quase impossível criar obras que não serão alvo de pirataria.

A legislação brasileira é completamente falha em relação à proteção dos direitos morais e autorais das obras, não somente dos *softwares*, mas também de músicas, filmes e séries de TV. A lei do *software* e de direitos autorais foi criada com a função de regular os direitos dos criadores e de punir aqueles que os descumprirem, o que de fato, não acontece.



Pouco se escuta falar a respeito de punições ou indenizações que dizem respeito à pirataria de obras digitais.

Em regra, os contratos de licença e uso de *software* acompanham cláusulas que proíbem que sejam utilizados outros programas de computador para efetuar engenharia reversa<sup>1</sup>. Quando ela é utilizada, há quebra no sigilo de informações confidenciais do programa.

Milton Barcellos (2002, p. 43) afirma que:

“Concebido um programa e colocado no mercado, é possível que o concorrente não se contente em, simplesmente, adotar a idéia e trabalhar na concepção do seu próprio programa, e venha a destrinchar o programa, efetivamente copiando diversas de suas linhas de instruções principais ou acessórias, efetuando algumas ou várias modificações justamente para descaracterizar a reprodução ilegal. Neste caso é que se torna fundamental a boa atuação do advogado desde o início da demanda, de modo que as conclusões dos peritos somadas ao poder de apreciação das provas pelo Juiz é que irão ditar o rumo da procedência ou não da ação.”

O uso da engenharia reversa na fabricação de novos programas é legalmente aceita quando aplicada a programas de computador não mais utilizados ou abandonados pelos seus desenvolvedores.

Ao longo dos anos, mais e mais usuários criam programas de engenharia reversa para estudar e/ou copiar códigos de outras aplicações e, dessa forma, fabricar um novo programa a partir do *software* copiado. A prática é legal no Brasil com a ideia de que a engenharia reversa é importante na fabricação de novos produtos

---

<sup>1</sup> É o ato obter acesso não autorizado aos recursos do *software*, destrinchando o programa de maneira a entrar na sua base de dados e verificar suas linhas de comando, podendo, assim, alterá-las ou copiá-las da maneira como desejar, seja para gerar um novo programa seja para melhorar o atual.

e que ajuda o desenvolvimento tecnológico, o que não é mentira, mas também instiga cada vez mais os usuários mal intencionados a destruírem o sigilo de informações dos criadores dos programas, rompendo mais uma vez com os direitos de autor.

Os contratos de licença e uso de *software* contêm claras e específicas restrições para impedir a divulgação das informações confidenciais do *software*; afinal, não haveria finalidade em proteger o direito de autor se qualquer outra pessoa pudesse copiar o que ele criou. No Brasil, os usuários de *software* não se sentem suficientemente intimidados para não realizarem atos ilegais contra a propriedade intelectual do autor.

O ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com as leis de direito autoral e de *software* não conseguem bloquear ou conter esses atos de violação, que já se tornaram práticas abusivas e infelizmente comuns em todo o território nacional.

A pirataria na *internet* é algo que infelizmente tornou-se comum na sociedade moderna. A propagação de programas de computador sem licença ou em cópias ilegais, se dissemina como um vírus, já que, uma vez na *internet*, a cópia se multiplica de forma viral por todo o mundo, fazendo com que a indústria de *software* e seus criadores percam rios de dinheiro. Isso atrapaalha o desenvolvimento de novos programas, já que os patrocinadores não se sentem seguros de investir seu dinheiro em algo que não terá lucro.

A pirataria é uma prática ilícita onde ocorre a reprodução ilegal de uma obra, sem a autorização expressa do titular da mesma. No caso dos *softwares*, a pirataria acontece quando são efetuadas cópias de um programa de computador ou quando o usuário mantém cópias de forma ilegal e sem as licenças de uso.

É importante frisar que, quando o consumidor adquire um programa, ele de fato não compra o programa exclusivamente para si.

Na verdade o que ele adquire é uma licença para o uso do programa e esta licença dá direito apenas a instalação em uma máquina, ou o que o contrato de licença estipular. Mesmo que o usuário tenha adquirido uma cópia original do programa, ele não possui direito nenhum de explorar economicamente o *software* (fazer cópias para venda, revenda, aluguel ou empréstimo) a não ser que o titular da obra tenha apresentado a declaração expressa de que o consumidor pode realizar tal ato.

A legislação vigente permite que o usuário que adquire um *software*, possa realizar uma cópia de backup apenas por segurança e para o seu próprio uso, como destaca Henrique Gandelman (2001, p. 138):

“Não se considera, no entanto, pirata - de acordo com a legislação vigente - a cópia única, realizada em casa, para uso exclusivamente pessoal. Se esta cópia, porém, sair de casa para ser produzida, alugada, trocada, exibida publicamente, ou de outra qualquer forma utilizada sem a expressa autorização dos respectivos titulares, aí sim, ela se torna pirata.”

Com a variedade de programas existentes, é quase impossível que uma empresa de *software* possa verificar todos os clientes que possuem cópias ilegais ou que já reproduziram ilegalmente o programa. A maioria dos usuários acaba não somente copiando o programa, mas também distribuindo-o de forma indevida para outras pessoas, e em maior escala, compartilhando com toda a rede mundial de computadores.

A cópia de segurança deve ser feita e instalada no mesmo computador do que a original, pois, caso seja instalada em outra máquina, também será constatada a pirataria.

Muitos contratos de licença e uso de *software* contêm cláusulas que permitem a seus usuários realizar cópias, desde que possam ser seguidas as normas estabelecidas nos contratos.

Com a atual tecnologia, é muito fácil realizar cópias fiéis de programas de computador. O grande compartilhamento de dados e arquivos na *internet* surge como um grande rival da proteção de direitos autorais, pois, por meio da *internet*, pode-se distribuir qualquer arquivo por todo o mundo, sem precisar de qualquer meio físico, como embalagens, encartes ou suporte técnico.

No Brasil, não há suficiente investimento em pesquisa e tecnologia, e os poucos que se formam em engenharia de *software* não permanecem no País, já que, como a pirataria se apoderou do mercado de venda de *software*, o valor que é recebido em vendas é quase ínfimo. O preço alto de um produto original ou a sua não disponibilidade no mercado estimula o consumo de produtos piratas. Se a pirataria é grande, os *softwares* necessitam ser vendidos a preços altíssimos, o que provoca a revolta do consumidores, que preferem baixar os programas de forma ilegal na *internet*.

De certa forma, a alta tributação brasileira é uma grande vilã no aumento da pirataria dos programas de computador. Se os *softwares* sofrem alta tributação, o público alvo destes diminui bastante, já que poucas pessoas teriam condições financeiras de adquirir o *software* aos preços altíssimos em que são disponibilizados no país. Assim, estes se tornam bens de preços incompatíveis para os usuários aos quais são destinados, por este motivo, é mais fácil, conveniente e cômodo, quebrar os contratos de licença de uso de *software* e disponibilizar, distribuir e compartilhar o programa de forma indevida na *internet*.

#### **4. A distribuição indevida do *software* e a efetividade do contrato de licença e uso**

A instalação de programas de computador de forma indevida em computadores é um fato comum na sociedade moderna. Algumas pessoas ainda adquirem licenças de uso originais. A maneira como o *software* é distribuído – indevidamente no meio tecnológico (por cópias em CDs, por armazenamento em *pendrives* ou por compartilhamento na rede mundial de computadores) – gera muitos problemas para o seu criador, para o usuário do programa pirata e para o País.

Com a globalização e o atual avanço tecnológico, é difícil encontrar alguém que não tenha um computador em seu domicílio ou que não o utilize para diversão, simples navegação ou trabalho. Entre os mais variados usuários, é quase impossível encontrar alguém que não tenha instalado um programa de computador de maneira indevida (não pagando pela licença de uso e nem pelo suporte técnico do programa).

A distribuição indevida dá-se quando o usuário que adquire o *software* (baixado de forma ilegal na *internet* ou comprado legalmente em lojas virtuais ou físicas) se vê no direito de distribuir o programa de computador para outras pessoas, com a intenção ou não de auferir lucro. Essa distribuição pode ocorrer por meio de CDs piratas, gravações em discos rígidos externos ou *pendrives*. Em momento algum o usuário é detentor do direito autoral do *software* para distribuí-lo da maneira que desejar. Porém, essa prática é normal no mundo cibernético.

São poucas as pessoas que se dispõem a investir em programas de computador originais e pagos. Alguns sistemas operacionais já conseguem gerar um novo comportamento no usuário, como o da empresa *Apple*, o *OS Mavericks*, que disponibiliza, em seu aplicativo *iTunes*, programas razoavelmente baratos, que desempenham funções espetaculares e acompanhados de suporte técnico *online* e contrato de licença (*APPLE*, s.d.).

No mundo corporativo, a situação que envolve a distribuição indevida não é muito diferente. É impossível abrir uma empresa sem computadores

e sem programas para realizar as atividades. É de se esperar que as empresas, por serem pessoas jurídicas e possuírem grande quantia de bens e valores a zelar, agissem de forma justa e dentro da lei, adquirindo licenças dos programas de computador que utilizam dentro do seu estabelecimento. Porém, a história repete-se da mesma maneira com as pessoas físicas. Os donos ou funcionários instalam os programas de computador sem licenças reais, visando, dessa forma, a não pagar por impostos referentes ao *software* original e a economizar nas despesas da empresa. O pensamento dos donos é que não há necessidade de pagar tão caro por um programa de computador, se há a opção de baixá-lo de graça na *internet* e utilizar as mesmas funções do programa pago.

Em algumas companhias, os *softwares* são instalados por meio de uma rede local. O contrato de licença é claro ao estipular em quantos computadores o programa poderá ser instalado. Acontece que, dentro do ambiente empresarial, são instaladas muito mais cópias do que as realmente disponibilizadas de forma legal.

Essa distribuição indevida no meio empresarial dá-se pelas centrais de tecnologia das empresas, que são subdivisões especializadas na área de tecnologia da informação e prestam suporte para os funcionários. Quando algum deles tem a necessidade de utilizar determinado programa, o empregado liga para a central e um dos técnicos instala o programa diretamente em sua máquina, sem ressalva nenhuma. Ocorre que não há como saber se o programa instalado é fruto de mais uma licença utilizada de forma legal ou se é fruto de mais uma cópia pirata corporativa.

Por vezes, os donos nem sabem que essas atividades acontecem dentro de seus estabelecimentos; porém, caso haja denúncia, todos aqueles que fizeram parte do ato ilícito poderão ser processados. Não importa a função que

exercem ou o status que têm, todos serão penalizados, como preceituam os artigos 932 e 933 do Código Civil, que estabelece que o empregador responderá pelos atos dos empregados, ainda que não haja culpa de sua parte.

A maioria dos chefes ou responsáveis por essas seções acredita que podem não ser flagrados por denúncias e, muitas vezes, obrigam seus funcionários a trabalharem com o *software* não licenciado. Os funcionários, por sua vez, com medo de serem demitidos, acabam por aceitar a situação e continuam trabalhando. As ferramentas de análise, desenvolvidas pelos criadores dos *software* para receber informações de forma automática, também são utilizadas para rastrear o uso do programa sem autorização. Portanto, é ilusório pensar que ninguém descobrirá a utilização de programa de computador de forma ilegal. Hoje é quase impossível criar um *software* sem ferramentas de rastreamento e de contagem de cópias ilegais.

O impacto dessa distribuição indevida, por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas, não afeta somente o mundo tecnológico, mas a sociedade e todo o País. Além dos prejuízos com *softwares* deficientes, sem suporte, sem garantia e repletos de vírus, há os efeitos a longo prazo, como a oferta de emprego que diminui (já que o setor da informática fica comprometido), o Estado que não arrecada impostos com as vendas dos *softwares* originais e a imagem do País que é manchada no âmbito comércio exterior.

O mercado pirata e a comercialização de produtos falsos prejudicam de forma exorbitante a economia brasileira, contribuindo para o retrocesso do Brasil no desenvolvimento tecnológico.

Como visto, o *software* pode ser distribuído ilegalmente por vários meios: *internet*, mídias de armazenamento, CDs. Todos esses meios de distribuição estão hoje disponíveis para qualquer pessoa que possua um computador

em sua casa e são completamente prejudiciais aos criadores dos *software* e para aqueles que o adquirem.

Os tipos básicos de pirataria são baseados nas três formas de distribuição: a corporativa, a individual e a comercial.

A distribuição corporativa ocorre dentro de organizações, empresas e similares. As cópias não autorizadas são disponibilizadas para os empregados utilizarem dentro de seus escritórios. Porém, nem sempre são adquiridas novas licenças legais. O que o responsável pelo setor de tecnologia da informação faz é apenas criar cópias dos programas, instalando-as posteriormente nas máquinas quando os funcionários assim requererem. Mesmo que isso ocorra em pequenas quantidades, o dono do estabelecimento corre o risco de pagar multas absurdamente altas pela sua negligência, como preceituam o artigo 12 da Lei do *Software* e o 103 da Lei de Direitos Autorais:

“Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos ou multa.

§ 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena - Reclusão de um a quatro anos e multa” (BRASIL, 1998a).

“Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos” (BRASIL, 1998b).

A distribuição individual ocorre diariamente em vários domicílios por todo o País. O usuário instala o programa de computador em seu *notebook*, transfere-o para uma mídia removível (como um *pendrive* ou CD) e entrega-o para um amigo. Esta é a distribuição individual, em que há o compartilhamento do programa de computador com outras pessoas físicas.

A distribuição comercial ocorre quando são efetuadas cópias para comercialização, sem a autorização do titular do programa. É o que acontece com a venda de programas de computador que custam em média US\$ 5,055 (dólares americanos) em sua forma original, como o *Creative Suite 6 Master Collection*, da Adobe (ADOBE, s.d.), sendo vendido a R\$ 5,00 nas feiras das cidades. Os usuários efetuam cópias ilegais em seus computadores e armazenam-nas em seus discos rígidos, para depois dá-las como “brinde” na compra de peças ou até mesmo de novos

computadores. Esta é uma estratégia muito utilizada pelas empresas de venda de artigos de informática, que incentiva os clientes a comprarem novos computadores.

Os contratos de licença e uso impõem obrigações que consistem em o licenciado não transferir, vender, sublicenciar ou ceder a sua licença para outras pessoas, sob pena de entrar em inadimplemento contratual. Porém, como já foi demonstrado, poucas pessoas realmente se importam com o que o contrato diz, já que poucas são as que o leem. É pequena a quantidade de usuários que realmente se dispõem a entender, estudar, ler e compreender o que se diz no contrato. Outras preferem clicar no botão de “Aceito” sem perder muito tempo, já que, se clicarem no botão de “Não Aceito”, seu programa não vai ser instalado e as suas atividades não poderão ser realizadas. A maior parte das pessoas, diante da tela do computador, passa apenas o tempo necessário para colocar a mão no *mouse* e clicar no botão “Aceito”. Esse comportamento já foi comprovado, como indica Jeff Sauro (2011), criador da empresa *Measuring Usability*, que realiza pesquisas e estatísticas relacionadas ao uso do *software*. Ele analisou por quanto tempo as pessoas paravam diante da tela do contrato de licença:

“[...] tive a oportunidade de examinar os dados de registros de milhares de usuários em alguns *softwares* de consumo. Os dados vieram de usuários que concordaram em participar no fornecimento de um *feedback* para uma grande empresa de *software*. Como parte do processo de instalação, lhes foi apresentado um contrato de licença e uso. Quantos o leram antes de aceitar? Como não estamos realmente vendo se os usuários leem o contrato, a melhor opção é usar o *proxy* para saber o tempo gasto na tela do contrato de licença. De forma não surpreendente, a maioria dos 2.500 usuários passou rapidamente por esta página. Os usuários de tempo médio gastaram na página do contrato de licença apenas 6 segundos. [...] Podemos ter 95% de certeza de que pelo menos 70% dos usuários gastam menos de 12 segundos na página de contrato de licença. [...] Além do fato de que os contratos de licença e uso são longos e chatos, há um outro bom motivo para que eles não sejam lidos. Por que passar tanto tempo lendo algo que você não tem escolha? ‘Aceito’ e ‘Não Aceito’ não contam como verdadeiras escolhas: se você quer usar o *software*, você TEM que aceitar o contrato. Clique em ‘Não Aceito’ e o *software* não carrega. Embora os autores não tenham estimado o número de pessoas que leram o contrato, o tempo médio na tela do contrato foi similar a minha pesquisa e a conclusão deles foi a mesma: usuários não leem os contratos de licença.” (SAURO, 2011, tradução nossa)<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>Leia-se no original: “I had the opportunity to examine the log data of a couple thousand users across a few consumer software products. The data came from users who agreed to participate in providing feedback to a large software company. As part of the installation process, as expected, users were presented with an EULA. How many read it before accepting? Since we’re not actually watching whether users read the agreement,

Os contratos de licença e uso que são exibidos nas telas de instalação dos programas são longos e visualmente chatos de serem lidos, motivo por que muitas pessoas passam pela tela de forma rápida, já que a pressa para utilizar as funções desempenhadas pelo programa é sempre grande. O contrato foi criado para que seja lido, para que o licenciado possa, antes de utilizar determinado programa, saber quais são as permissões e restrições referentes ao *software* adquirido. Porém, o contrato caiu em desuso por conta da pressa dos usuários e se tornou não efetivo a partir do momento em que as pessoas não se dispuseram a lê-lo.

## 5. Análise do Recurso Especial nº 913.008 – RJ

Recurso Especial nº 913.008 – RJ (2007/0005127-7), relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 25/08/2009, cuja lide versou sobre a proteção do direito autoral do *software*.

As recorrentes *MICROSOFT CORPORATION*, *ADOBE SYSTEMS INCORPORATED*, *AUTODESK INC.* e *SYMANTEC CORPORATION* ajuizaram ação denominada de “ação de procedimento ordinário com preceito cominatório e perdas e danos”, em desfavor de *SERGEN SERVIÇOS GERAIS DE ENGENHARIA S.A.*, alegando a utilização indevida de programas de computador de propriedade das empresas, sem a necessária licença de uso. As autoras destacaram que “todo usuário final que necessitar de uma cópia desses programas é obrigado a adquiri-la diretamente das autoras ou de seus distribuidores autorizados”. Alegaram ainda que “a aquisição de uma cópia legítima não confere ao usuário final o direito de produzir novas cópias, mesmo que seja para o seu uso interno em outro equipamento para o qual a cópia legítima não foi licenciada”. Em suas peças, as autoras requereram:

“a interrupção do uso e destruição dos programas de computador reproduzidos ilicitamente; a incidência de multa cominatória no caso de descumprimento da obrigação e o pagamento de indenização por perdas e danos, em quantia equivalente a 3.000 (três mil vezes) o preço dos programas de computador fraudados” (BRASIL, 2009).

---

*the best proxy to use is the time spent on the EULA screen. Not surprisingly, most of the 2500 users flew past this page. The median time users spent on the license page was only 6 seconds. [...] We can be 95% sure at least 70% of users spend less than 12 seconds on the license page. [...] Other than the obvious fact that EULAs are long and boring, there's another good reason they aren't read. Why spend a lot of time reading something you have no choice about. "Accept" and "Don't Accept" don't count as real choices: if you want to use the software, you HAVE to accept the agreement. Click "Don't accept," and the software doesn't load. While the authors didn't estimate the number that read the agreement, their median time on the agreement page was similar to my data and their conclusion was the same: Users don't read the license agreements” (SAURO, 2011).*



As autoras propuseram uma medida cautelar preparatória de busca e apreensão e vistoria, para produzir provas necessárias para propor a ação principal. A tutela de urgência teve sua liminar deferida, sendo realizada perícia nos computadores da empresa, que serviu de embasamento para a ação de indenização por perdas e danos. Depois de uma grande discussão processual em primeira instância, com a realização de duas perícias e complementação ao último laudo pericial, a controvérsia foi apreciada pelo juízo monocrático, que proferiu a sentença nos seguintes termos:

“a) julgou improcedente o incidente de falsidade suscitado pelos autores quanto aos recibos fiscais de aquisição dos *software* juntados pela ré ao processo;

b) julgou procedente a ação cautelar de busca e apreensão e de vistoria dos computadores da ré, confirmando a liminar anteriormente concedida e homologando a perícia realizada;

c) julgou parcialmente procedente a ação principal, para:

condenar ‘a ré a pagar a primeira autora (*MICROSOFT*) o valor atualizado de mercado multiplicado por 400 (quatrocentos) dos seguintes programas sem licenciamento segundo o laudo: 01 (um) *Microsoft Front Page Explore* 3.02.926 e 53 (cinquenta e três) *Windows* 95, devendo os valores da indenização serem fixados em liquidação de sentença por arbitramento’.

condenar ‘a ré a pagar a segunda autora (*ADOBE*) o valor atual de mercado multiplicado por 400 (quatrocentos) dos seguintes programas sem licenciamento segundo laudo: 01 (um) *Audus Pagemaker* 5.0<sup>o</sup>; 04 (quatro) *Adobe Pagemaker* 6.5 (*upgrade*); 02 (dois) *Acrobat Destiler* 3.0 e *Adobe Acrobat Catalog/ Exchange / Reader* 3.0 e 03 (três) *Adobe Photoshop LE*, devendo os valores serem fixados em liquidação de sentença por arbitramento’.

condenar ‘a ré a pagar a terceira autora (*AUTODESK*) o valor atual de mercado multiplicado por 400 (quatrocentos) dos seguintes programas sem licenciamento segundo o laudo: 02 (dois) *Autocad*; 02 (dois) *Autocad MAP / Autocad* versão 14 (release 2), devendo os valores serem fixados em liquidação de sentença por arbitramento’.

determinar o rateio das despesas processuais entre as três primeiras autoras e a ré, na proporção de cada uma, arcando cada qual com os honorários de seu advogado.

condenar a autora *SYMANTEC CORPORATION* ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor dado à ação principal, em decorrência de sua sucumbência” (BRASIL, 2009).

A ré opôs embargos de declaração (que não foram acolhidos), pretendendo que os honorários advocatícios incidissem sobre o valor da condenação e não sobre o valor da causa, como foi decidido em primeira instância. As autoras também interpuseram embargos de declaração, indicando omissões e erros de fato no acórdão recorrido. Esse recurso

também não foi acolhido. Inconformadas com a situação, as duas partes opuseram recursos especiais, nos seguintes termos:

“O recurso de Sergen Serviços Gerais de Engenharia S.A. objetiva, com amparo nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do permissivo constitucional, a alteração, de ofício, do valor atribuído à causa, porquanto não reflete o benefício econômico pretendido pelas autoras.

O apelo nobre de Microsoft Corporation, Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc. e Symantec Corporation, manejado com fundamento no art. 105, III, ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal, está adstrito aos seguintes pontos:

- 1) Alega que o acórdão recorrido violou o art. 9º da Lei 9.609/98 ao afirmar que a apresentação de discos de instalação prestaria à comprovação da licença de uso dos programas de computador supostamente adquiridos pelo réu.
- 2) Assevera a obrigação de o magistrado, no julgamento da lide, aplicar a legislação vigente, conforme determina o art. 126 do CPC.
- 3) Reclama que o colegiado de origem não valorou adequadamente a prova, em ofensa ao art. 131 do CPC, porquanto apenas seguiu o laudo pericial, adotando conclusão contrária ao ordenamento jurídico e incidindo em erro de fato.
- 4) Aponta equívoco na afirmação da Corte local de que a reciprocidade de tratamento, perante o ordenamento jurídico norte-americano, não teria sido demonstrada, porquanto restou comprovado, nos autos do agravo de instrumento n. 7.497/00 (recurso em que se discutiu tal questão), que Brasil e Estados Unidos são signatários da Convenção de Berna. Nesse sentido, alega que a prova documental produzida por si não foi apreciada. Reclama que competia à parte contrária comprovar a inexistência de reciprocidade, conforme exige o art. 14 do CPC. Procura demonstrar a existência de dissídio jurisprudencial.
- 5) Por fim, argumenta a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, visto que a Turma julgadora se recusou a corrigir os erros de fato apontados em embargos de declaração, mantendo a omissão apontada. Indica ofensa ao art. 535, II, do CPC, bem como a existência de dissenso pretoriano” (BRASIL, 2009).

Os dois recursos tiveram seu seguimento negado em juízo prévio de admissibilidade. As autoras interpuseram o agravo, que foi provido pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, determinando a subida do recurso especial. O feito foi distribuído ao Ministro João Otávio de Noronha, que proferiu voto nos seguintes termos:

- a) não conheceu do recurso especial quanto à alegada violação dos arts. 126 e 131 do CPC, por ausência que prequestionamento;
- b) negou provimento ao recurso no tocante à suposta negativa de prestação jurisdicional, visto que o colegiado de origem manifestou-se de maneira fundamentada acerca da controvérsia;

c) com relação à ausência de reciprocidade, o Relator reconheceu a configuração do dissídio, adotando o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, de que a reciprocidade das leis não precisa ser demonstrada, visto que o país ratificou a Convenção de Berna, que estabelece regime de proteção ao direitos autorais;

d) deu provimento ao recurso especial para reestabelecer os termos da sentença, sob o fundamento de que o acórdão recorrido amparou-se em premissa fática expressamente contrária à legislação aplicável à espécie, ferindo frontalmente o art. 9º da Lei 9.609/98. [...]” (BRASIL, 2009).

O Ministro Relator votou no sentido de dar provimento ao recurso especial das autoras, considerando que a apresentação, pelo réu, dos discos originais de instalação dos programas de computador utilizados pela ré não seriam suficientes à comprovação da licença de uso dos *softwares*, exigindo a apresentação do contrato de licença ou, na sua ausência, da nota fiscal de aquisição do produto, empregando literal aplicação ao dispositivo legal.

A questão central desse caso é saber se a regularidade de utilização do programa de computador só pode ser provada por exibição do contrato de licença ou documento fiscal, ou se, como no caso em tela, a existência de perícia que ateste originais os programas utilizados pela empresa é capaz de suprir os documentos mencionados.

A ré constituiu prova da regularidade dos *software* encontrados em seus computadores, por meio da apresentação dos discos originais de instalação dos programas apontados como ilegais, como comprova os laudos periciais disponibilizados em primeira instância:

“como a matéria em questão envolve interpretação jurídica, iremos deixar a critério do Juízo se a apresentação das Notas Fiscais acima é necessária para validar a compra do programa *Pagemaker 4.0 (Full)*\_ou se é suficiente a apresentação dos referidos discos de instalação do programa, para comprovar a sua legalidade.

Se V. Exa. considerar que o programa *Pagemaker 4.0* está legalizado, conseqüentemente, os programas *Audus Pagemaker 5.0* (3 cópias), *Adobe Pagemaker 6.5* (3 cópias), *Acrobat Distiller 3.0* e *Adobe Acrobat Catalog/Exchange/ Reader 3.0* (2 cópias) e *Adobe Photoshop LE* (3 cópias) também estarão legalizados; caso contrário não” (BRASIL, 2009).

O Tribunal de origem aceitou a prova produzida por meio dos discos de instalação, julgando improcedente a demanda. Nesse sentido, observa-se que a Corte formou sua convicção com base nos elementos de prova dos autos, entendendo que a apresentação das mídias originais serviu para a comprovação da regularidade dos *softwares*. O cerne da discussão está em analisar se a determinação do art. 9º da Lei nº 9.609/1998, de que

“a licença de uso será comprovada mediante contrato ou notas fiscais” é restritiva, ou se é possível comprovar a regularidade dos *softwares* por outros meios:

“Art. 9º O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença. Parágrafo único: Na hipótese de eventual inexistência do contrato referido no caput deste artigo, o documento fiscal relativo à aquisição ou licenciamento de cópia servirá para comprovação da regularidade do seu uso” (BRASIL, 1998a).

O artigo faz referência expressa ao contrato de licença e ao documento fiscal como meios para provar a regularidade do programa de computador, mas o dispositivo não excluiu outros elementos de prova que possam ser apresentados para a comprovação da verdade dos fatos. Como não existe na lei, instrumento expresso que negue a utilização de outros meios, impõe-se, igualmente, que o dispositivo seja interpretado de forma lógica, dando espaço para outros tipos de provas.

O art. 332 do Código de Processo Civil, destaca que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa” (BRASIL, 1973). Assim, o entendimento de que o art. 9º da Lei de *Software* estabelece os únicos meios de comprovação do negócio jurídico – seja firmado entre as partes, seja envolvendo terceiros – não se adapta com princípios de nosso ordenamento jurídico, estabelecendo hipótese não prevista em lei de prova legal, em que a comprovação de determinado fato só pode ser realizada na forma prescrita, sendo vedado ao magistrado considerar outros meios de prova.

O contrato de licença e o documento fiscal devem ser preferencialmente considerados na

comprovação da regularidade do programa de computador; nada impede que o magistrado forme sua convicção com base em outras provas apresentadas pelas partes, como os discos originais de instalação dos *softwares*. Portanto, a regularidade dos programas de computador ficou comprovada no caso em discussão, mediante a apresentação dos discos originais de instalação dos programas.

Com a análise desse caso, é possível ver que é necessária a reformulação da atual legislação; afinal, o que foi regulado pelo legislador no período de criação da lei de direito autoral e de *software* não mais atende ao que se precisa, o que obriga os magistrados a se utilizarem de analogias para solucionar divergências e conflitos gerados dentro do mundo cibernético.

O avanço da tecnologia e da informática faz com que os operadores do Direito precisem adaptar-se ao novo mundo, aplicando, na medida do possível, as punições para as práticas cometidas por meio da *internet*. É mais do que necessário o desenvolvimento de uma nova lei ou o efetivo cumprimento da que já existe, intensificando as punições para aqueles que afrontam a legislação, de forma a regular de maneira efetiva e com segurança, os direitos dos criadores de programas e dos usuários que realizam transações na rede mundial de computadores.

## 6. Conclusão

Levando em consideração todos esses aspectos, entende-se que a distribuição indevida do *software* no Brasil gera problemas não somente para aqueles que o pirateiam, mas para aqueles que adquirem o programa de forma ilegal e também para a economia do País.

É necessário que os agentes causadores da distribuição indevida, saibam da necessidade e da importância em visualizar e ler os contra-

tos de licença e uso que são disponibilizados pelos desenvolvedores de *software*, de modo a identificar quais suas permissões e restrições em relação ao programa adquirido. Além disso, é importante que os usuários saibam das desvantagens da pirataria, como o risco de prisão, pagamento de indenizações altas, ausência total de suporte técnico, prejuízos incalculáveis, presença de vírus espíões e a consequente perda de arquivos.

No cenário de hoje, o *software* desempenha um papel único no desenvolvimento das atividades da sociedade, em diversos âmbitos: econômico, político, social, jurídico e acadêmico. Afinal, grande parte das atividades realizadas hoje passa antes por um programa de computador: fabricação de carros, sistemas de bancos, segurança em transações, jogos *online*, processos judiciais eletrônicos, viagens. Considerando o grande avanço tecnológico dos últimos 10 anos, representado principalmente pela utilização da *internet*, surge a necessidade de uma reestruturação das legislações de direito autoral e de *software*, no que dizem respeito à intensidade e à efetividade das punições.

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não é eficaz na punição dos que cometem o crime de pirataria. Não adianta criar uma lei que prevê penas de reclusão e multas para aqueles que reproduzem *software* de maneira indevida e sem autorização, se esta legislação não é aplicada. No que diz respeito à proteção de direitos de autor, a lei brasileira é considerada uma das mais avançadas no mundo; porém, o que realmente falta é a sua efetiva aplicação.

A tecnologia tem-se aprimorado de maneira veloz e tem levado os países a desfrutarem das vantagens desse incremento. Todavia, como a legislação brasileira não pune corretamente os agentes da pirataria, as empresas não se sentem seguras para se inserirem no mercado tecnológico do País, gerando um retrocesso tecnológico.

É imprescindível que cada um dos envolvidos nas relações cibernéticas possa fazer a sua parte: o criador do *software* que denuncia o uso indevido de seus programas; e o usuário, que precisa entender que utilizar *software* original é mais vantajoso em termos de segurança, apesar de ser mais caro.

No Brasil, infelizmente a pirataria já está inserida em vários estabelecimentos e na vida de várias pessoas, seja por aquisição de licenças de *software* de maneira ilegal, seja pela realização de *downloads* de filmes, séries e músicas, já que é muito mais cômodo e barato do que ter que locomover-se para outro lugar para adquirir o bem desejado.

Faz-se necessário que o ordenamento jurídico se movimente na mesma velocidade com que a tecnologia chega até nós, para que possa acompanhar o desenvolvimento e tutelar o direito dos envolvidos. As Lei do *Software* e de Direito Autoral foram criadas há 15 anos, período em que não se imaginava alcançar a tecnologia de que desfrutamos hoje. O

que era utilizado naquela época não representava nem mesmo 30% do que temos hoje em termos de comunicação, telefonia, jogos e computação.

É urgente a criação de uma lei que possa tutelar de forma eficaz e segura a relação entre os fabricantes de *software* e seus usuários, pois a tecnologia tornou-se um grande mecanismo de comunicação, diversão, trabalho e de geração de riquezas – e estas relações precisam ser reguladas e protegidas de forma eficaz, para garantir a segurança daqueles que se utilizam da rede mundial de computadores.

## Referências

ADOBE Systems Software. *Produtos da Creative Suite 6*. Disponível em: <[http://www.adobe.com/br/products/catalog/cs6\\_sl\\_id-contentfilter\\_sl\\_catalog\\_sl\\_software\\_sl\\_creativesuite6.html](http://www.adobe.com/br/products/catalog/cs6_sl_id-contentfilter_sl_catalog_sl_software_sl_creativesuite6.html)> Acesso em: 31 out. 2014.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos II*. Coimbra: Almedina, 2007.

AMAD, Emir Iscandor. *Contratos de software: “Shrinkwrap Licences” e “Clickwrap Licenses”*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

APPLE Computer, Inc. *Aplicação iTunes*. Disponível em: <<https://itunes.apple.com/us/app/pages/id409201541?mt=12&ls=1>> Acesso em: 31 out. 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Programa de Computador e Direito Autoral. In: GOMES, Orlando. *A proteção jurídica do software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Programas de Computador. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 6, n.127, abr. 2002.

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. [Lei do Software]. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 fev. 1998a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm)>. Acesso em: 3 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. [Lei de Direito Autoral]. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 fev. 1998b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em: 3 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 3 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 913008/RJ. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ, 25 ago. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 out. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=913008&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=913008&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 31 out. 2014.

BRITO, Maria Carmem de Souza. *Legislação sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CABRAL, Plínio. *Direito autoral: dúvidas e controvérsias*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. *Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.

\_\_\_\_\_. *Software: direito autoral e contratos*. Rio de Janeiro: Adcoas, 1993.

\_\_\_\_\_. *Software: direito e tecnologia da informação: legislação, doutrina, práticas comerciais*. Rio de Janeiro: Juruá, 2011.

CONTI, Fátima. *Computador e internet: 1990-1999*. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/dicas/net1/int-h199.htm>> Acesso em: 3 nov. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRARI, Alexandre Coutinho. *Proteção jurídica do software: guia prático para programadores e web-designers*. São Paulo: Novatec, 2003.

FURTADO, Wilson. *Dos contratos e obrigações de software*. São Paulo: Iglu, 2004.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: RT, 2001.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

\_\_\_\_\_. *O que você precisa saber sobre direitos autorais*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2004.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *Comunicado 147: download de músicas e filmes no brasil: um perfil dos piratas online*. Ipea, 10 maio 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120510\\_comunicadoipea0147.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120510_comunicadoipea0147.pdf)>. Acesso em: 31 out. 2014.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUPI, André Lipp. *Proteção jurídica do software: eficácia e adequação*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MANARA, Cecília. Pirataria corporativa e seus efeitos. *Peabirus*, 15 mar. 2008. Disponível em: <[http://www.redepeabirus.com.br/redes/form/post?topico\\_id=17432](http://www.redepeabirus.com.br/redes/form/post?topico_id=17432)>. Acesso em: 31 out. 2014.

MARQUES, Tatiana Freire. O não cumprimento do contrato de licença de uso de software perante o direito brasileiro e o direito português. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3111, 7 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20808>>. Acesso em: 31 out. 2014.

MICHETTI, Nilo. O despacho Aduaneiro de Importação de “Software Personalizado” e “Software de Prateleira”. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 9, n. 33, set. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1251](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1251)>. Acesso em: 31 out. 2014.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. A boa-fé nos contratos de licença e uso de software. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Curitiba, v.11-12, 2004.

ORRICO JÚNIOR, Hugo. *Pirataria de software*. 1 ed. São Paulo: Ed. do Autor, 2004.

PEREIRA, Elizabeth Dias Kanthack. *Proteção jurídica do software no Brasil*. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2001.

PIMENTA, Eduardo S. *Código de direitos autorais*. São Paulo: Lejus, 1998.

POLI, Leonardo Macedo. *Direitos de autor e software*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAURO, Jeff. Do Users Read License Agreements? *MeasuringU*, 11 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.measuringusability.com/blog/eula.php>>. Acesso em: 31 out. 2014.

STRINGHER, Ademar. *Aspectos legais da documentação em meios micrográficos, digitais e eletrônicos*. São Paulo: Cenadem, 2002.



ULMER, Eugen; KOLLE, Gert. *A proteção jurídica do software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

VAINZOF, Rony; BLUM, Renato M. S. Ópice. Lei do software: aspectos importantes. *Escritório Online*, 22 mar. 2005. Disponível em: <[http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=5717&](http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5717&)> Acesso em: 23 out. 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual e internet*. Curitiba: Juruá, 2011.

WALD, Arnaldo. Da natureza jurídica do software. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 22, n. 87, jul./set., 1985.

WEIKERSHEIMER, Deana. *Comercialização do software no Brasil: uma questão legal a ser avaliada*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007.

# A participação dos povos indígenas e tribais

Oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai (IN FUNAI 01/2012)

EDUARDO FORTUNATO BIM

## Sumário

1. Introdução. 2. Natureza política da autorização do Congresso Nacional: o julgamento Raposa Serra do Sol e o posicionamento da Advocacia-Geral da União na oitiva dos povos indígenas. 3. Âmbito de aplicação da Convenção OIT 169: conceito de povos tribais e indígenas. 4. A questão da oitiva (coleta de opinião) dos povos indígenas (Convenção OIT 169 e CF, art. 231, § 3º): natureza de consulta e não de consentimento prévio. 5. Diferença entre a oitiva das comunidades indígenas e tribais e as audiências públicas. 6. Oitiva somente quando empreendimento (de exploração de recursos) estiver em terras indígenas ou tribais: insuficiência do impacto direto. 7. Necessidade de oitiva para implementar a obra, não para autorizá-la, ainda que condicionalmente. 8. A representatividade dentro da comunidade indígena ou tribal e a boa-fé. 9. A necessidade de procedimentos prévios para a consulta e a razoabilidade do prazo. 10. A possibilidade de delegação da oitiva das comunidades indígenas pelo Congresso. 11. A participação da Fundação Nacional do Índio (Funai) no processo de licenciamento ambiental (IN FUNAI 01/2012) e a oitiva dos povos indígenas nesse processo. 12. Conclusão.

Eduardo Fortunato  
Bim é doutorando  
em Direito do Estado  
pela USP, mestre em  
Direito pela Unimep,  
professor da Facamp e  
Procurador Federal.

## 1. Introdução

A democracia não exclui ninguém do diálogo, ainda mais a que se funda na cidadania e no pluralismo, como é a brasileira (CF, art. 1º, II e V). Os povos indígenas e tribais também têm o direito de participar das

decisões estatais, contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e da gestão da coisa pública. Suas oitivas não se baseiam na auscultação da população genericamente considerada, que visa à participação de todos, apenas na dos índios e na dos povos tribais.<sup>1</sup>

Estudar o espaço da oitiva dos povos indígenas e tribais, conforme normativamente previsto, bem como sua relação com as audiências públicas e o licenciamento ambiental, é fundamental para a compreensão da inclusão desses povos na dinâmica democrática.

## **2. Natureza política da autorização do Congresso Nacional, o julgamento Raposa Serra do Sol e o posicionamento da Advocacia-Geral da União na oitiva dos povos indígenas**

A oitiva das comunidades indígenas também tem como objetivo subsidiar a atuação estatal, mas em seu aspecto político, pois o destinatário das informações trazidas pelos indígenas é o Congresso Nacional, que deve deliberar, politicamente (CF, art. 49, XVI), sobre a realização da obra ou empreendimento nas terras indígenas. Segundo o STF, esse ato se traduz em “legítimo exercício de sua competência soberana e exclusiva” (BRASIL, 2007a), devendo ser concretizado por decreto legislativo, uma vez que se veda a interferência do Executivo nessa decisão (BRASIL, 2005).

Caracterizando-se como uma questão política (*political question*)<sup>2</sup>, sua margem decisória é ampla. Outros efeitos dessa natureza política são a quantidade de informações que o Congresso Nacional considerará suficiente para decidir, o meio pelo qual elas serão apresentadas, e a ausência de motivação. Em que pese a boa-fé na oitiva pressupor a apresentação às comunidades indígenas de uma concepção básica do projeto do empreendimento ou obra, a autorização do Congresso independe de qualquer documento, laudo ou estudo.

---

<sup>1</sup> Não se confundindo, entretanto, com a audiência pública, a oitiva das comunidades indígenas e tribais têm diversos pontos de aplicação comum, uma vez que ambos são instrumentos participativos, embora a oitiva restrinja-se somente aos povos indígenas e aos tribais, o que não ocorre com as audiências e consultas públicas. Por isso, exceto pelas especificidades a seguir, o regime da oitiva é igual ao da audiência ou consulta públicas.

<sup>2</sup> Ao contrário do juiz, que deve motivar a sua decisão (livre convencimento motivado), o Congresso não precisa motivar (basta expedir o decreto legislativo), embora também tenha liberdade para analisar, produzir, aguardar e/ou solicitar os documentos que entender necessário para decidir, podendo aguardar, ao contrário do que já decidiu o TRF da 1ª Região, o EIA/RIMA: “[...] 5. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas somente pode ser efetivado por meio de prévia autorização do Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 231, § 3º, da Constituição Federal. Essa autorização deve anteceder, inclusive, aos estudos de impacto ambiental, sob pena de dispêndios indevidos de recursos públicos” (TRF da 1ª Região, 6ª T., v.u., AI 2001.01.00.030607-5/PA, rel. Des. Fed. Alexandre Machado Vasconcelos (conv.), j. em 17/09/2001, DJU 25/10/2001, p. 424). Cf., no mesmo sentido: TRF da 1ª Região, 6ª T., v.u., REO 1999.01.00.109279-2/RR, rel. Des. Fed. Moacir Ferreira Ramos (conv.), j. em 24/11/2006, DJU 29/1/2007, p. 09.

A oitiva das comunidades indígenas ocupa lugar de destaque porque não apenas pode influenciar no projeto original da obra, uma vez que os subsídios colhidos na oitiva devem ser utilizados na avaliação de impacto ambiental, mas também gerar o deslocamento das comunidades de seu local de origem. *A deliberação acerca da remoção dos grupos indígenas pode ser efetuada no mesmo ato que autoriza a obra*, caso o projeto da obra seja explícito sobre o deslocamento.<sup>3</sup>

Acrescente-se, por fim, que a Advocacia-Geral da União (AGU) regulou a exegese de algumas questões indígenas na Portaria AGU 303/12, de 16 de julho de 2012 (BRASIL, 2012), que dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo STF na Petição 3.388/RR.<sup>4</sup> Essa portaria fixa a interpretação das salvaguardas às terras indígenas e deve ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, em outras palavras, vincula todos os órgãos e membros da AGU, e dispõe sobre algumas questões que se

<sup>3</sup> Não se faz necessário ato específico, porque, uma vez autorizada a obra que exija a remoção das comunidades indígenas pelo Congresso Nacional, presume-se que a obra reflete o interesse da soberania do país e a autorização de remoção (CF, art. 231, § 5º), o que seria mera consequência lógica e inexorável. O juízo aqui é político e independe de regulamentação legal, uma vez que se constitui em conceito jurídico indeterminado. Ainda que a oitiva das comunidades indígenas tenha como fim subsidiar a decisão política do Congresso Nacional, de maneira alguma isso significa que os índios estão desamparados nas fases posteriores do empreendimento, caso ele tenha sido autorizado pelo Congresso. No processo de licenciamento ambiental, os índios contam com o respaldo da Funai e são consultados diversas vezes durante o processo no qual a Funai acompanha o licenciamento ambiental, como se verá.

<sup>4</sup> Essa portaria previa a sua entrada em vigor na data de sua publicação (art. 6º), que foi prorrogada pela Portaria AGU 308/12 para 24/9/2012 e, por fim, para o “dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Pet 3388-RR que tramita no Supremo Tribunal Federal”, com a redação dada pela Portaria AGU 415/12 (DOU 18/9/2012). A publicação deste acórdão ocorreu em 4/2/2014, motivo pelo qual a partir de 5/2/2014 a Portaria AGU 303/12 está em pleno vigor.

relacionam com a oitiva dos povos indígenas. Em seu artigo 1º, v, ela preceituou:

“o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;” (Brasil, 2012).

Ocorre que a única inovação nesse ponto da Portaria AGU 303/12 foi torná-la obrigatória para os órgãos da Advocacia-Geral da União, uma vez que essa salvaguarda já existia no voto do Min. Menezes Direito na Petição 3.388/RR.<sup>5</sup> Foi o próprio Supremo que trouxe tais salvaguardas para a decisão do colegiado, determinando, ainda, que a sua execução ocorresse imediatamente. Enquanto o STF não alterar o seu entendimento, a Portaria AGU 303/12 é legal e constitucionalmente hígida, devendo ser observada pelos membros e órgãos da AGU.

De qualquer forma, é importante frisar que o direito de ser ouvido (oitiva) não é absoluto,

<sup>5</sup> Nesse julgamento, conhecido como o da Raposa Serra do Sol, o STF entendeu que o voto do relator agrega “aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão” (BRASIL, 2010). Condicionantes que foram mantidas no julgamento dos embargos declaratórios, constando da ementa: “[...] 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material” (BRASIL, 2014).

tendo o STF decidido que o usufruto dos índios “não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional<sup>6</sup>” (BRASIL, 2010), lição com tanto mais razão aplicável aos povos tribais, que não têm usufruto de nada.

### 3. Âmbito de aplicação da Convenção OIT 169: conceito de povos tribais e indígenas

A Convenção OIT 169 diz que ela se aplica aos povos indígenas e tribais (*Indigenous and Tribal Peoples* ou *Peuples Indigènes et Tribaux*). Embora o escopo do presente texto esteja mais voltado aos povos indígenas, faz-se oportuno discorrer sobre o que se entende como povos tribais, ainda que esses não estejam abrangidos pela cláusula do artigo 231, § 3º da Constituição Federal.

A Convenção OIT 169 (1989) substituiu a Convenção OIT 107 (1957). Esta, concernente à proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, era expressa em se dizer aplicável às populações tribais e semitribais. No atual diploma normativo, o termo *semitribal* foi eliminado, restando apenas povos tribais.

O conceito de semitribal vem dado na própria Convenção OIT 107, abrangendo, para fins da Convenção, “os grupos e as pessoas que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na comunidade nacional” (art. 1º, 2) (OIT, 1957).

Isso significa que existem povos tribais e não tão tribais (semitribais), uma vez que ainda não perderam todas as características de tribal, embora estejam a caminho de perdê-las.

A questão ganha relevância porque existe corrente que almeja equiparar *automaticamente* povos tribais às comunidades tradicionais (v.g., seringueiros, ribeirinhos, caiçaras, babaçueiros, quilombolas), entendimento que se reputa equivocado.<sup>7</sup> Equiparar povos tribais como aqueles

---

<sup>6</sup> Aspecto mantido no julgamento dos embargos de declaração (BRASIL, 2014).

<sup>7</sup> Se essa associação automática for procedente, o Decreto 4.887/03 – que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT – deveria, só por esse motivo, ser julgado inconstitucional na ADI 3.239, uma vez que se desconhece a consulta prévia às comunidades quilombolas nacionais antes da edição desse ato, o que feriria o artigo 6º, I.a, da Convenção OIT 169. A consulta deve ser efetuada “independentemente de que tal efeito seja positivo ou negativo, aspecto este que deve ser, precisamente, o objeto da consulta” (RUBIO, 2009, p. 140).

As primeiras consultas às comunidades quilombolas ocorreram entre 15 e 17 de abril de 2008, para a edição de IN do Inbra que disciplinaria os procedimentos de titulação de terras de quilombo, em substituição a IN Inbra 20/2005 (atual IN Inbra 49/2008). A Advocacia-Geral da União, através de despacho do Advogado-Geral da União, reconheceu que essa era a primeira consulta do Governo Federal às comunidades quilombolas: “Destaco, por fim, importante avanço na efetivação das diretrizes da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, consistente na realização da primeira consulta do Governo Federal às comunidades quilombolas, em face da proposta de alteração de ato normativo que

descendentes das tribos africanas que vivam como tal é razoável (caso de algumas comunidades quilombolas), mas não a identificação com todas as comunidades tradicionais.

Tal equiparação automática não tem razão de ser, uma vez que a Convenção OIT 169 não se aplica somente aos povos indígenas e tribais, excluindo os semitribais, mas também porque ela se aplica aos (i) povos tribais em países independentes, (ii) cujas condições sociais culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional e (iii) que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.<sup>8</sup>

Ademais, apenas para argumentar, pegando parte do conceito de comunidade tradicional do Decreto 6.040/07,<sup>9</sup> não se poderia considerar como povo tribal, pela dificuldade de enquadrá-lo como comunidade tradicional, aquele que não usa “territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (art. 3º, I) (BRASIL, 2007b).

O conceito semitribal deveria ser aplicado aos povos indígenas também, uma vez que índio que vive como não índio, sem usar a terra, locando-a e vivendo de rendas, ou trabalhando nela como qualquer agricultor, não deve receber a proteção da Convenção OIT 169 em termos de prévia consulta. Caminhonetes, aviões, armas

---

disciplina a efetivação de seus direitos. Trata-se de momento histórico a ser exaltado” (BRASIL, 2008b).

<sup>8</sup> A Convenção OIT 107, em seu artigo 1º, era aplicável aos (i) membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, (ii) cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingindo pelos outros setores da comunidade nacional e (iii) que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial (OIT, 1957).

<sup>9</sup> Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

de fogo (v.g., fuzis etc.), TVs, computadores, internet etc. podem ser indícios de que não se trata mais de comunidade indígena pura, ainda que em áreas demarcadas, afastando a necessidade da proteção especial conferida pela Convenção OIT 169 pela equiparação ao povo semitribal da revogada Convenção OIT 107.

Em suma, a caracterização automática da comunidade tradicional como povo tribal, para fins da aplicação da Convenção OIT 169, deve ser vista caso a caso e com cautela, mormente considerando que não basta ser povo tribal, mas é preciso cumprir outros requisitos, o que torna diversas comunidades tradicionais muito mais semitribais do que propriamente tribais.

#### **4. A questão da oitiva (coleta de opinião) dos povos indígenas (Convenção OIT 169 e CF, art. 231, § 3º): natureza de consulta e não de consentimento prévio**

Como se disse, a democracia não exclui ninguém do diálogo, ainda mais a que se funda na cidadania e no pluralismo, como é a brasileira (CF, art. 1º, II e V).<sup>10</sup> Como cidadãos que são, os índios e os tribais participam das decisões estatais, mas o fazem de forma e em casos especiais, mediante oitiva, que nada mais é do que uma consulta específica. A consulta ou oitiva dos povos indígenas e tribais é *coleta de opinião*, processo “aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado

---

<sup>10</sup> Os povos indígenas também têm o direito de participar das decisões estatais, contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e da gestão da coisa pública. Exemplar, nesse sentido, a Constituição do Equador (2008), que expressamente reconhece que os diversos povos indígenas, afroequatorianos etc. formam parte do Estado equatoriano, uno e indivisível (art. 56).

exerce o direito de manifestar a sua opção” (MOREIRA NETO, 2001, p. 213). Frise-se, no estágio normativo atual da matéria, que a oitiva das comunidades indígenas e tribais é consulta e não consentimento ou consentimento prévio informado.

A previsão de que os índios e os povos tribais sejam consultados (separadamente do resto da população) sobre assuntos que os afetem está prevista na Convenção OIT 169 (arts. 6º, 1, a, 14 e 15, 2<sup>11</sup>), aprovada pelo Decreto Legislativo 143/02 e promulgada pelo Decreto 5.051/04, a partir do qual se tornou aplicável ao ordenamento jurídico nacional, segundo entendimento do STF (BRASIL, 2001).

O procedimento de consulta previsto no artigo 15, 2 da Convenção deixa claro que a finalidade da oitiva é “determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras” (BRASIL, 2004).

A consulta/oitiva não se destina a obstar o empreendimento em suas terras,<sup>12</sup> apenas a saber qual a extensão dos eventuais prejuízos que os índios poderiam sofrer, auxiliando o procedimento de tomada de decisões estatais.

A Corte Constitucional colombiana, em decisão na qual reconheceu a aplicabilidade da Convenção OIT 169 (*Sentencia C175/09*), foi categórica ao reconhecer que “decisões anteriores deste Tribunal têm previsto que o dever de consulta prévia aos povos indígenas e tribais não constitui um poder de veto contra a implementação de medidas legislativas por parte do Estado”<sup>13</sup> (COLOMBIA, 2009). O Supremo Tribunal Federal também

---

<sup>11</sup> “2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade de recursos minerais e de subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos existentes na terra, os governos, antes de empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras, *deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar esses povos, para definir se e até que ponto seus interesses seriam prejudicados*” (OIT, 1989).

<sup>12</sup> O conceito de terras indígenas deve respeitar o marco temporal utilizado pela Constituição: “A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 2010).

<sup>13</sup> E citou um precedente em nota de rodapé: “Al respecto, la sentencia SU-383/03 indicó: ‘Cabe precisar que el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo. Las consultas que se ordenan, entonces, no pueden ser utilizadas para imponer una decisión, como tampoco para eludir el cumplimiento de una obligación, sino que deberán ser tenidas como una ocasión propicia y no desperdiable para que las entidades gubernamentales encargadas de autorizar, ejecutar y vigilar la política estatal de erradicación de cultivos ilícitos consideren el derecho de los pueblos indígenas y tribales a exponer los condicionamientos que dicha política debe incluir, con miras a respetar su derecho a la integridad cultural, y la



entendeu que não haveria poder de veto ou consentimento na oitiva dos povos indígenas. Ao rechaçar a tese, o Min. Barroso, no caso Raposa Serra do Sol (EDcl na Pet 3.388/RR), teceu as seguintes considerações, citando inclusive o que já havia sido decidido:

“[...] conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas “não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade” (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado” (BRASIL, 2010).

Mesmo quando o artigo 6º, 2 da Convenção OIT 169 preceitua que a consulta nele prevista visa a chegar a um acordo ou obter o consentimento (“objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas”), esse pode não existir (ou mesmo não ser possível), o que não significa que há efeito obstativo pela ausência de acordo ou consentimento. Ainda que a tentativa de acordo ou consentimento seja a finalidade da consulta, eventualmente ele pode não ser alcançado, o que está longe de significar que não se trataria de uma consulta, mas de consentimento, como ocorre com o plebiscito ou o referendo, quando estes são vinculantes. Como a própria OIT já consignou:

“59. O Comitê lembra que, na discussão sobre a adoção do artigo 6 da Convenção sobre Consulta Prévia, um representante do Secretário Geral indicou que, ao elaborar o texto, o Escritório não quis sugerir que as consultas referidas deveriam resultar na obtenção de um acordo ou no consentimento sobre o que se consulta, mas ao contrário, expressar um objetivo para as consultas” (RUBIO, 2009, p. 131).

O Estado deve buscar o acordo com os povos afetados, mas isso está longe de significar que ele pode mesmo ser possível. A síndrome NIMBY, o não desejo de um perigo de integração, dentre outros motivos, podem inviabilizar qualquer acordo. Nos casos de acordo ou consentimento impossível, o Estado não precisa realizar a consulta por ausência de objeto. O fato de a consulta não ser um meio de se obter um sim ou um não dos povos afetados, sendo um importante meio de diálogo, não impõe consulta nesses casos, mas obriga ao Estado levar em conta a opinião

---

*autonomía de sus autoridades en sus territorios. || Oportunidad que debe ser utilizada para que dichos pueblos y autoridades conozcan la posición de las mayorías nacionales, en torno de las medidas consultadas, y participen activamente en ellas, usando canales apropiados y, en consecuencia, propiciando un acercamiento”* (COLOMBIA, 2009).

dos povos indígenas e tribais em sua decisão. Se o acordo ou consentimento é impossível, o Estado já deve saber o porquê. Caso não saiba, a consulta se impõe para que saiba e use esse conhecimento em seu processo decisório.

Nesse contexto e ainda que sem força normativa,<sup>14</sup> diferentemente da Convenção OIT 169, deve ser analisada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, cujo artigo 32, 2 fala em consentimento livre e informado, que deve ser prévio à aprovação de qualquer projeto que afete as terras, territórios ou outros recursos. Dispõe o artigo 32, 2:

“2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo” (DECLARAÇÃO, 2008).

Entretanto, além de a declaração não ter caráter normativo, diferentemente da Convenção OIT 169 e de nossa Constituição, a leitura do artigo 32, 2 deve ser interpretada com base em princípios democráticos.

A democracia é o governo da maioria, a qual não pode esmagar as minorias (vedação de ditaduras da maioria), assim como estas não podem anular decisões de interesse geral (ditadura das minorias). O que o Estado deve fazer é trabalhar para obter o consentimento dos povos indígenas – não necessariamente conseguiu-lo –, antes de tomar a decisão definitiva. Não pode uma mi-

noría obstar decisões da maioria, tanto que, se o consentimento fosse obrigatório, não haveria necessidade de tomar medidas apropriadas para a reparação justa e equitativa das consequências nocivas que as decisões estatais pudessem ter sobre as comunidades indígenas (art. 32, 3). O suposto acordo, baseado no hipotético consenso que a norma exigiria, já seria suficiente.

Nenhum segmento da população pode vetar políticas que a todos afetem. Os povos indígenas e tribais, fazendo parte do povo brasileiro, não podem prejudicar o interesse geral com um suposto direito de veto.

A ausência de consentimento é condizente com a democracia porque uma minoria não pode decidir pelo bem de todos. Esse foi o argumento usado pelo Equador quando, nos debates da Assembleia Constituinte de 2007, tentaram incluir na Constituição a obrigatoriedade do consentimento, ao invés da consulta, como prevista na Convenção OIT 169.<sup>15</sup> Biviany Rojas Garzón constata ser impossível falar abstratamente de poder de veto ou de obrigação de consentimento nas consultas da Convenção OIT 169, ainda mais em “se tratando de sociedades plurais nas quais nenhum grupo deve ter o poder de impor sobre os demais” (GARZÓN, 2009, p. 293). Raciocínio também efetuado pela Senadora Marina Silva, ex-Ministra do Meio Ambiente, ao dizer que o veto desvirtuaria o sentido da Convenção OIT 169, devendo ser rechaçado “porque o poder de veto já ia pressupor que um grupo se sobrepõe ao conjunto da sociedade” (SILVA, 2009, p. 363).

O filósofo Julián Marías (2003, p. 3), em seu *Tratado sobre a Convivência*, mostrou-se preocupado com a substituição da imposição

<sup>14</sup> A ausência de vinculatividade, de força normativa da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) é pacificamente reconhecida pela doutrina nacional (Cf. SILVEIRA, 2009, p. 47 e estrangeira Cf. KNICLEY, 2012, p. 92).

<sup>15</sup> Disse o Presidente da República equatoriana, àquela altura, que a criação do consentimento não seria possível porque “implicava em que uma minoria de 2% da população equatoriana decidia sobre recursos que pertencem a todos os equatorianos” (MELO, 2009, p. 180).

das vigências majoritárias, que oprimiam as minorias discrepantes, “por outra, que de certo modo a inverte: *são os discrepantes que procuram impor-se*”. Classifica tal tendência como

“estranho fenômeno iniciado ultimamente: a opressão das maiorias pelas minorias. [...] Produziu-se uma glorificação de interesses, atitudes, propósitos de grupos muito reduzidos, por vezes minúsculos, dos quais se fala todo o tempo, que estão presentes diante de todos os olhos e os ouvidos, que ocupam uma desmedida parte do horizonte público. Deveria ser feita uma apuração do que realmente significam, e de sua comparação com o volume efetivo das maiorias quase silenciosas. Os direitos das minorias a expressar-se e fazer valer seus pontos de vista me parecem essenciais; [...] O que me parece indesejável é que elas exerçam opressão, porque toda opressão me repugna. E se os mais numerosos ficam obscurecidos por muito poucos, isso significa ademais uma usurpação, uma desfiguração do real, em suma uma falsificação” (MARÍAS, 2003, p. 226-227).

A própria Convenção OIT 169 autoriza a remoção dos índios ou povos tribais, somente reconhecendo o direito de eles voltarem a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento (art. 16,3). Harmonizando interesses para que não haja ditadura da minoria, esse diploma normativo deixa claro que a remoção dos índios ou tribais é possível, embora indesejável sem o seu consentimento.

Nossa Constituição também efetuou o mesmo balanceamento, ao preceituar que somente haverá remoção dos índios (não há previsão para os povos tribais) de suas terras em hipóteses restritas, o que inclui o interesse nacional, havendo deliberação do Congresso Nacional, garantindo-se o retorno imediato logo que cesse o risco, quando este for a causa da remoção (art. 231, § 5º). O conceito de interesse nacional não precisa ser detalhado em lei, porque é conceito jurídico indeterminado. Só haveria necessidade de lei se a Constituição o exigisse, como fez no § 3º do artigo 37, o que, além de não ter ocorrido no caso, se torna desnecessário em face de conceito jurídico indeterminado.

A única previsão normativa que fala em consentimento prévio informado reside na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), aprovada pelo Decreto Legislativo 2/94 (BRASIL, 1994) e promulgada pelo Decreto 2.519/1998. Ao citar o consentimento prévio informado (*Prior Informed Consent* – PIC), ela o faz como *requisito de acesso aos recursos genéticos* (art. 15, 5), não como requisito para construção de empreendimentos em seu território ou mesmo consentimento com eventuais impactos que eles causem. O Estado brasileiro reconheceu que tal consentimento deveria ser dado, preliminarmente, pelas comunidades indígenas ou locais, quando em jogo o acesso ao patrimônio genético (MP 2.186-16/01,

art. 8º, § 1º), embora ele tenha guardado para si a autorização final através do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN) ou instituição por ele credenciada (MP 2.186-16/01, art. 8º, *caput*, c/c art. 4º da Resolução CGEN 5/03). Despropositado querer usar a previsão da CDB para interpretar a oitiva das comunidades indígenas, ou mesmo tribais, quando de empreendimentos ou autorizações de qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras.

Mesmo a Constituição da Bolívia, aprovada em referendo constitucional em janeiro de 2009, que, sem dúvida, é uma das cartas constitucionais que mais prevê direitos aos indígenas, não exige o consentimento, apenas a consulta, ainda que obrigatória. Ela prevê como direitos dos povos indígenas serem consultados mediante procedimentos apropriados, particularmente através de suas instituições, toda vez que se prevejam medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los. Nesse contexto, respeitar-se-á e se garantirá o direito à consulta prévia obrigatória, realizada pelo Estado em relação à exploração dos recursos naturais não renováveis no território que habitam (art. 30, II, 15).

Essa opção constitucional boliviana foi mais do que consciente, foi eloquente porque o Tribunal Constitucional boliviano declarou inconstitucional frase do artigo 115 da Lei de Hidrocarbonetos (Lei 3.058/05), que previa o consentimento dos povos consultados.<sup>16</sup> O

---

<sup>16</sup>Na redação original constava: “ARTÍCULO 115º (Consulta). En concordancia con los Artículos 6º y 15º del Convenio 169 de la OIT, la consulta se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las Comunidades y los Pueblos Indígenas y Originarios. La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas.” A Sentença Constitucional 0045/2006, de

argumento do Tribunal, segundo Marin Abadí Gutierrez López (2009, p. 194), foi o de que, “apesar da consulta por mandato da Convenção OIT 169 ser obrigatória, essa consulta não implica em outorgar autoridade à consulta, e, portanto, o consentimento dos povos indígenas impede ou vai contra a vontade geral do Estado e do resto da população.”

#### **4.1. A diferença entre a consulta prévia do artigo 6º, 1, a), e a do artigo 15, 2, da Convenção OIT 169**

Existe discussão na doutrina sobre o âmbito de aplicabilidade da consulta prévia aos povos indígenas e tribais porque a prevista no artigo 6º parece mais abrangente do que a prevista no artigo 15 da Convenção OIT 169 (1989), tornando esta última desnecessária.

Isabela Figueroa doutrina que as previsões específicas na Convenção OIT 169 servem para reforçar a necessidade de oitiva em determinados casos específicos, mas esses dispositivos devem ser vistos em harmonia com o artigo 6º.<sup>17</sup> Por isso, a autora critica o entendimento de que não há dever de consultar se o empreendimento não estiver em terras indígenas. Para ela, quando coexistirem os requisitos dos artigos 1º e 6º da Convenção, “a obrigação de consultar está configurada. A C169 não indica que os projetos a ser consultados são aqueles que estão no interior de terras demarcadas” (FIGUEROA, 2009, p. 41).

Adotar esse posicionamento tem importantes desdobramentos práticos. Significa que deve

---

02 de junho de 2006, declarou inconstitucional o artigo 115 da Lei 3.058 na frase “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”.

<sup>17</sup>“Mas ainda que os artigos 15 e 22 classifiquem tipos específicos de consulta, não devem ser interpretados restritivamente, de forma a limitar as situações que devem dar lugar a consulta, mas sim ser lidos conjuntamente com os artigos 6 e 7 da C169” (FIGUEROA, 2009, p. 34).

haver consulta aos povos indígenas ou tribais, ainda que a atividade ou empreendimento não esteja dentro das áreas ocupadas por eles, uma vez que se poderia estar diante do caso previsto no artigo 6º, 1, a).

A tese é sedutora, mas esbarra em óbice intransponível, qual seja, inutiliza a consulta prevista no artigo 15, 2, segundo o qual a consulta prévia é necessária quando a obra ou atividade ocorre dentro da área indígena.

A consulta do artigo 6º, 1, a), por outro lado, nada dispõe sobre obra ou atividade, preceituando que deverá haver consulta aos povos interessados “sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6º, 1, a)).

Enquanto no artigo 15, 2 se exige que exista obra ou atividade em área indígena (dentro das terras), o artigo 6º, 1, a), pressupõe medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetação direta aos povos indígenas ou tribais como aptas a deflagrar a necessidade de consulta.

A interpretação que se propõe é a sistemática, harmonizando ambos os dispositivos sem tornar algum deles desnecessário, por ser fagocitado pelo outro.

Não teria sentido prever uma consulta para os casos nos quais a atividade ou empreendimento fosse dentro das terras indígenas ou tribais (art. 15, 2) e prever outra mais ampla que fosse obrigatória com critérios bem mais rigorosos (art. 6º, 1, a)). Bastaria prever apenas que qualquer medida legislativa ou administrativa suscetível de afetar os povos diretamente ensejaria a consulta; o posicionamento geográfico da atividade ou empreendimento pouco importaria, o que tornaria desnecessária a previsão do artigo 15, 2 da Convenção OIT 169.

Entretanto, como são dispositivos normativos diferentes, o intérprete deve conjugá-los, estabelecendo os limites de cada um, mas extraindo a utilidade conjunta de todos, uma vez que, se na lei não há palavras inúteis, com tanto mais razão, incisos inteiros.

A interpretação que conjuga ambos os dispositivos e evita a sobreposição autofágica é aquela que reserva a consulta do artigo 6º, 1, a) às medidas legislativas ou administrativas de caráter nacional que afetem os povos indígenas ou tribais, reservando-se a consulta do artigo 15, 2 aos empreendimentos e atividades que estão em área desses povos.

A intenção da Convenção é garantir a consulta aos povos indígenas e aos tribais, mas em casos diferentes. Existe previsão específica (art. 15, 2) porque a geral (art. 6º, 1, a)) tem área de atuação diferenciada, focalizando alterações legislativas ou administrativas com impacto em todos os povos, na alteração de política pública que tenha alcance nacional. Quando a medida for pontual, não impactando a política pública como um todo, como é o caso de obras e atividades, seguem-se as regras especiais, no caso a do artigo 15, 2 da Convenção OIT 169.

O artigo 6º não é soldado ou cláusula de reserva, utilizável quando as demais previsões de consulta não forem aplicáveis. As cláusulas de reserva vêm no final da regulação, com redação enfatizando a sua subsidiariedade. O artigo 6º está bem no começo da Convenção OIT 169, não existindo nada a indicar ainda o seu caráter subsidiário. Ele exige a participação, via consulta, nos casos nos quais o Estado queira modificar ou criar políticas públicas que requeiram atos legislativos ou administrativos. Se a alteração for pontual, não abrangendo a todos os povos indígenas ou tribais, entra em ação cláusula de consulta especial, como a do artigo 15, 2 (obra ou empreendimento dentro do território).

Essa leitura parecer ter sido encampada pela recente Constituição do Equador (2008), aperfeiçoamento notório do que dispunha a anterior (EQUADOR, 1998).<sup>18</sup> Com precisão, a atual Constituição equatoriana – depois de expressamente reconhecer que os diversos povos indígenas, afroequatorianos etc. formam parte do Estado equatoriano, uno e indivisível (art. 56) – é categórica em prever a consulta obrigatória e oportuna, sobre planos de prospecção, exploração e comercialização de recursos não renováveis “que se encontrem em suas terras e que possam afetá-los ambiental ou culturalmente” (art. 57, 7).<sup>19</sup> Aparentemente, seguindo o

artigo 6, 1, a), da Convenção 169 da OIT, previu também que os índios têm o direito de “ser consultados antes da adoção de uma medida legislativa que possa afetar qualquer de seus direitos coletivos” (art. 57, 17).

A Magna Carta equatoriana anterior (1998) somente previu a consulta para atividades dentro das terras indígenas, o que foi repetido pela atual, mas com a incorporação de que medidas legislativas que afetem os indígenas também geram o dever de o Estado realizar a consulta. De certa maneira, nossa Constituição encampou a mesma ideia, mas sem prever a consulta para medidas gerais.

Ainda que não incluam os povos tribais, essas previsões corroboram que a consulta do artigo 6, 1, a) é substancialmente distinta da do artigo 15, 2 da Convenção OIT 169, cuja tradição já se encontra constitucionalizada.

O motivo do artigo 6, 1, a) da Convenção OIT 169 citar medidas legislativas ou administrativas não é para restringir o seu alcance a qualquer atividade estatal, por menor que seja. O objetivo ainda é realizar a consulta diante daquelas medidas gerais, que vão impactar os povos indígenas ou tribais nacionalmente. Citam-se as medidas administrativas também porque, além de poderem ter impacto nacional em alguns Estados, elas podem chegar a substituir a lei, o que poderia esvaziar a previsão da Convenção.

A consulta do artigo 6º da Convenção é para a edição de regras gerais, normalmente nacionais, dentro da esfera política do Estado em

<sup>18</sup> A Constituição do Equador de 1998 dispunha: “Art. 84. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.”

<sup>19</sup> “Art. 57. Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...]”

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley” (EQUADOR, 1998).

questão. Se o Estado for federal, vários entes federativos poderão editar normas locais que afetem diretamente os povos indígenas ou tribais, caso em que eles também deverão ser ouvidos.

Outra leitura sistemática possível, que corrobora a primeira, é a de que a própria Convenção OIT 169 interpretou o seu espírito em relação à prévia consulta. Ao estabelecer que a consulta de medidas que atingissem diretamente os povos indígenas e tribais fosse efetuada somente no caso de obras ou atividades que estivessem dentro de terras indígenas, ela nada mais fez do que concretizar o que ela entende por “medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente” (art. 6º, 1, a)).

A afetação dos povos indígenas e tribais pela medida legislativa ou administrativa tem que ser direta, visível, caso contrário qualquer legislação, por mais geral que seja, deverá passar pelo crivo dos povos indígenas e tribais, desbordando do sentido da norma da Convenção. Certamente se inclui, no âmbito mínimo do dispositivo da Convenção, a regulação das populações indígenas como competência privativa da União (CF, art. 22, XIV), mas também abarca situações igualmente claras em termos de impacto direto sobre os povos indígenas, como a regulamentação do artigo 176, § 1º da Constituição, quando a lei estabelecerá as condições específicas no caso de a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

A Corte Constitucional colombiana, em decisão recente (*Sentencia C-175/09*), asseverou que somente em relação às medidas legislativas que podem impactar diretamente os povos indígenas e/ou tribais se faz necessária a oitiva.<sup>20</sup>

No caso de medidas com âmbito nacional ou local que gerem consultas baseadas no artigo 6º, faz-se necessário estabelecer mecanismos de como consultar os povos afetados diretamente. A realidade fragmentada das lideranças e a praticabilidade impõem a consulta às lideranças nacionais ou locais, quando forem realizada medidas administrativas ou legislativas nacionais e locais, respectivamente. Essa consulta pode ser realizada via órgãos representativos, nacionais e/ou locais, desses povos.

Com o passar do tempo, à medida que as consultas forem sendo realizadas, o sistema tende a se aperfeiçoar de maneira dupla: do Estado para as lideranças dos povos indígenas e tribais, e vice-versa. Nas primei-

---

<sup>20</sup> *Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades, por lo que, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses* (COLOMBIA, 2009).



ras consultas, tanto o Estado quanto os povos estarão se aperfeiçoando para melhor colher a opinião das lideranças. Deve-se ter consciência de que o desenvolvimento desse instrumento participativo é um processo contínuo, que pode demorar um pouco até se alcançar a consulta ideal – se é que ela existe –, tendo em vista as peculiaridades que norteiam esse tipo de consulta.

A criação ou reorganização de órgãos ou entidades que tenham relação direta com esses povos pode ensejar a consulta prévia caso as mudanças sejam suscetíveis de afetá-los diretamente. Não basta o simples deslocamento instrumental das atribuições do órgão; tem de haver alterações que realmente causem *impactos substanciais*, sob pena de a organização do Estado ficar na dependência da consulta, o que extrapola o alcance da Convenção OIT 169.<sup>21</sup>

## **5. Diferença entre a oitiva das comunidades indígenas e tribais e as audiências públicas**

Nada impede que os índios participem das audiências públicas, mas essas dificilmente ocorrerão em suas terras, uma vez que a audiência deve acontecer em espaço acessível a todos. A terra indígena não seria um local adequado para audiências públicas, porque sua natureza e função impõem a restrição de acesso a todos os interessados. Então, a regra é que a participação da comunidade indígena na audiência pública não elimina a necessidade de sua oitiva, porque essa é motivada em hipótese mais restrita (existência de futuros empreendimentos em terras indígenas), como se verá no próximo item. O mesmo não ocorre aos povos tribais, uma vez que a restrição de acesso não existe para eles.

A diferença entre oitiva das comunidades indígenas ou tribais e audiências públicas é evidente. Nestas, a língua utilizada é o português e pode participar qualquer cidadão, inclusive os índios ou membros das tribos e suas lideranças. Não existe dever do Estado de traduzir a linguagem da audiência pública para qualquer minoria, como analfabetos, surdos, cegos ou índios. Mesmo os documentos sobre os quais girarão os debates na audiência pública (v.g., Rima) não precisam ser colocados em áudio, braille, em alguma língua utilizada por alguma comunidade quilombola ou indígena.

Tal distinção não impede, excepcionalmente, o reconhecimento de que na audiência pública possa ter havido a oitiva indígena devido, por

---

<sup>21</sup> Os impactos substanciais, de qualquer maneira, devem ser harmonizados com a derrogação da oitiva nos casos descritos pelo Supremo Tribunal Federal (Petição 3.388/RR) e pela Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2012).

exemplo, à participação das lideranças indígenas. Nesse caso, teria havido o direito de participação, embora não pela forma ideal.

## **6. Oitiva somente quando o empreendimento (de exploração de recursos) estiver em terras indígenas ou tribais: insuficiência do impacto direto**

Tanto pela Convenção OIT 169 (art. 15, 2) quanto pela Constituição (art. 231, § 3º), a consulta é necessária quando *o empreendimento estiver em terras indígenas*, embora somente a Convenção imponha tal consulta quando se tratar de terras simplesmente tribais. Por essa razão, fala-se em “pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, *existentes nas terras*”, “programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes *nas suas terras*” (art. 15, 2) (OIT, 1989) ou mesmo “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais *em terras indígenas*” (art. 231, § 3º da CF/88).

Pela terminologia adotada na Convenção OIT 169 e pela nossa Constituição, vê-se que o critério foi geográfico, não sendo necessária a oitiva quando simplesmente houver impacto, ainda que direto. O STF assim já entendeu na SL 246/MT.<sup>22</sup>

A Constituição colombiana também prevê que a participação dos representantes das comunidades indígenas somente ocorre quando há exploração de recursos naturais “em territórios indígenas” (art. 330, parágrafo único).

Agregue-se o fato de que a oitiva não se justifica diante de mero empreendimento em terras indígenas, mas disso cumulado com a exploração de recursos existentes nessas terras. O próprio artigo 49, XVI, além do artigo 231, § 5º da CF, corrobora isso ao dispor que cabe ao Congresso Nacional “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.” Sem (i) exploração de recursos (ii) em terras indígenas, não há que se falar em oitiva ou mesmo autorização do Congresso.

É importante salientar que não cabe exegese ampliativa para abarcar a necessidade de oitiva diante de qualquer impacto, ainda que direto, em terras indígenas. Como se viu, além de os próprios instrumentos de participação serem exceção na democracia semidireta, o que já justificaria uma exegese restritiva, a oitiva, por ser previsão mais específica

---

<sup>22</sup> “Pelo que consta dos autos, tem-se que as pequenas centrais hidrelétricas não serão instaladas em área indígena, mas em suas adjacências, situação que, em análise perfunctória, se distanciará da necessidade de autorização do Congresso Nacional exigida pelo art. 231, § 3º, da Constituição Federal” (BRASIL, 2008).

e excepcional (exceção dentro da exceção), deve sofrer leitura ainda mais restritiva. Ademais, o critério é físico (dentro da área indígena) e utilitarista (extração de recursos que existem em terras indígenas), o que corrobora que não é o impacto que está em jogo, mas a exploração de recursos nas terras indígenas.

Obviamente a desnecessidade de oitiva é para a decisão política do Congresso Nacional, prevista na Constituição no caso dos indígenas, ou para o Estado em geral no caso de povos tribais, uma vez que a Convenção OIT 169 não especifica o órgão. Quando em jogo o processo de licenciamento ambiental, a comunidade indígena pode ser ouvida ainda que o impacto seja indireto.

## **7. Necessidade de oitiva para implementar a obra, não para autorizá-la, ainda que condicionalmente**

Na Constituição (art. 231, § 3º), também existe previsão de oitiva das comunidades indígenas afetadas quando do “aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais” em suas terras, sendo necessária a autorização do Congresso Nacional.

A consulta precisa anteceder a implementação da obra, não se fazendo necessária quando da tomada da decisão. *A Constituição fala em aproveitamento e não em previsão de exploração, mera probabilidade de prospecção.* O objetivo desse dispositivo constitucional é consultar a comunidade indígena para lhe dar a possibilidade de conhecer o que teoricamente será feito (o que já torna necessária alguma decisão), o que pode incluir o que teoricamente seria feito de certa maneira, uma vez que a teoria não se opõe a projetos provisoriamente bem definidos. Sem alguma decisão, em termos de planejamento, a própria oitiva da comunidade seria prejudicada, dificultando, senão impossibilitando, “determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida” (art. 15, 2)(OIT, 1989).

Por outro lado, a Convenção OIT 169 usa os verbos empreender e autorizar, este podendo passar a impressão de que a oitiva é necessária antes mesmo de se pensar em decisões que afetem as comunidades indígenas. O que a Convenção proíbe é que haja a decisão política imutável antes da oitiva, não chegando a vedar, por exemplo, estudos técnicos (v.g., licenciamento ambiental). Se o Estado autoriza alguma obra que afete diretamente os índios enquanto tais, e não enquanto cidadãos, e é sujeita a mudanças, ao licenciamento ambiental etc., que podem influenciar na sua própria concepção, a decisão não é nula. *O que a Convenção proíbe é a tomada definitiva de decisão sem a oitiva.* Como se fazer uma oitiva

se não se tem certeza do que será feito!? O que seria exposto aos índios? Alguma decisão tem que haver. *O critério utilizado para aferir a validade da decisão deve ser a possibilidade de a oitiva surtir algum efeito na decisão estatal, que deve, pelo menos, assumir alguma forma mínima.*

Ressalte-se que não existe nenhuma vedação à decisão de que o empreendimento seja condicional, sujeito a aprovação, por exemplo, dos estudos antropológicos e ambientais que forem efetuados, quando houverá a efetiva autorização (jurídica) da implantação do projeto condicionalmente aprovado. Esse tipo de decisão em nada impacta a oitiva das comunidades indígenas, nem desprestigia o instituto da participação de um modo geral, sendo normalmente adotada para evitar a repetição de atos desnecessários. A consulta continua apta a influenciar a decisão estatal, porque o órgão prolator do ato pode a qualquer momento editar outro ato desautorizando a implantação do empreendimento, por motivos políticos ou técnicos, o que certamente inclui o resultado das oitivas, consultas e audiências públicas, bem como demais estudos necessários.

No Chile, o Ministério de Minas e Energia entende que a obrigação estabelecida no artigo 15.2 da Convenção é a de consultar previamente ao início das operações nos territórios indígenas (PINTO, 2009, p. 168).

## **8. A representatividade dentro da comunidade indígena ou tribal e a boa-fé**

A questão da representatividade dentro da comunidade indígena ou tribal também é questão fundamental. Às vezes, a oitiva é feita somente por intermédio dos líderes das comunidades, tendo em vista a auto-organização deles e o respeito às suas lideranças.

Como a Convenção OIT 169 prevê a consulta aos povos indígenas mediante procedimentos apropriados e, *particularmente, por meio de suas instituições representativas* (artigo 6, 1, a)), a consulta das lideranças pode ser o meio adequado para a oitiva da comunidade, não se exigindo a oitiva de todos da comunidade afetada. Em relação aos povos indígenas, a própria Funai também reconhece o papel das lideranças. Ao regulamentar o seu papel na análise de licenciamentos ambientais que impactem os índios, ela tem como princípio considerar o respeito à sua “organização social, usos, costumes, tradições” e a “participação livre dos povos indígenas interessados [...] respeitando suas tradições e instituições representativas” (FUNAI, 2012).

A Constituição colombiana também prevê que a participação devida quando há exploração de recursos naturais em territórios indígenas deve ser realizada via representantes das comunidades indígenas (art. 330, parágrafo único).

Aqui pode ser necessário recorrer à boa-fé do poder público e à responsabilidade que as comunidades indígenas ou tribais depositam em seus representantes, que eventualmente podem não ser honestos com os representados ou vice-versa, o que não invalida a oitiva. Respeitar as lideranças é obrigação do Estado, mas a relação delas com os representados é problema interno dos povos tribais e indígenas, não podendo o Estado ingerir na sua autodeterminação e organização.

A boa-fé na relação com as lideranças também impõe que essas traduzam adequadamente o que será feito (informação adequada) aos seus liderados. Não é apenas uma questão de usar a língua do povo envolvido, mas de facilitar a compreensão do que está sendo proposto de acordo com a cultura específica, que ninguém conhece melhor do que o líder. Em outras palavras, as lideranças também têm responsabilidades no processo de consulta.

## 9. A necessidade de procedimentos prévios para a consulta e a razoabilidade do prazo

As comunidades indígenas e tribais devem ter um prazo razoável para se manifestar sobre a consulta que lhes é dirigida. Não adianta despejar a informação e cobrar decisões em prazos apertados, desarrazoados. Deve-se, dentro do possível, respeitar os costumes dos povos a serem consultados, atribuindo-lhes tempo razoável para que decidam.

A boa condução do procedimento consultivo também envolve o estabelecimento prévio com as lideranças de como a consulta ocorrerá. Na verdade, é parte imanente da consulta.

Deve-se ter em vista que chegar a um acordo sobre qual a forma de realização da consulta não pode obstar o processo consultivo. A razoabilidade do prazo não pode implicar em veto

do processo consultivo sob o pretexto da falta de acordo sobre o procedimento ou mesmo de exiguidade dos prazos para decidir. Se a própria consulta não pode obstar a decisão estatal, com tanto mais razão, os procedimentos prévios.

O prazo dado pelo Estado não descaracteriza a consulta como livre porque a conjugação de esforços para a oitiva deve nortear ambas as partes, tanto o Estado quanto os povos consultados.

## 10. A possibilidade de delegação da oitiva das comunidades indígenas pelo Congresso

Tanto o Congresso Nacional pode efetuar a consulta diretamente às comunidades indígenas, quanto delegá-la a outros órgãos públicos, ainda que do Poder Executivo. Há obrigatoriedade de ativa, mas não dos órgãos que a promovem. Tal delegação é até recomendada pelo princípio da eficiência e praticabilidade administrativas, uma vez que os órgãos do Executivo – Funai, Ibama<sup>23</sup> e ICMBio, por exemplo – têm melhores condições de auscultar a comunidade indígena.

O ato que não pode ser delegado é o de decidir sobre a efetivação do empreendimento ou obra em terras indígenas, motivo pelo qual a Constituição prevê que é da competência *exclusiva* do Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais (art. 49, XVI). O restante do processo é questão *interna corporis*, havendo ampla margem para o Legislativo decidir como proceder.

A delegação da oitiva a ser feita pelos órgãos do Poder Executivo não se confunde com a oitiva efetuada pelo empreendedor privado,

---

<sup>23</sup> Pela Resolução CONAMA 237/97, é o Ibama que licencia empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional localizadas ou desenvolvidas em terras indígenas.

ainda que a obra seja efetuada pelo Executivo. Não existe privatização de uma função pública e nem ausência de imparcialidade na consulta. Se esse último raciocínio procedesse, a própria oitiva pelo Congresso Nacional seria suspeita no caso de obras federais, uma vez que ele é um órgão federal. A FUNAI, o Ibama e o ICMBio, por exemplo, são órgãos estatais (natureza de autarquias) com conhecimento, derivado de sua área de atuação, para proceder às oitivas.

A consulta deve ser feita aos indígenas, não a órgãos que os tutelam, como a FUNAI, devendo, em regra, haver consulta apenas aos representantes indicados pelos índios, às suas lideranças.

O TRF da 1ª Região já entendeu que essa delegação não apenas era válida, como era obrigatória, sendo a oitiva efetuada pela FUNAI:

“Extrai-se do Texto Magno a intelecção de que o *Constituinte* não conferiu ao Congresso Nacional a atribuição de ouvir, por seus representantes, as comunidades afetadas. Não se trata, na espécie, de delegação de atribuições, até mesmo porque a consulta às comunidades tribais pode e *deve* ser realizada por intermédio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a qual possui quadro de pessoal com formação e especialização no trato com essa etnia, e que tem o papel institucional de exercer, em nome da União, a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas; bem como formular, coordenar, articular, acompanhar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro (Lei 5.371/67 e Decreto 7.056/2009)” (BRASIL, 2011a).

## **11. A participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) no processo de licenciamento ambiental (IN FUNAI 01/2012) e a oitiva dos povos indígenas nesse processo**

Com base na cidadania ampla de que gozam, os povos indígenas e tribais também têm o direito de participar do processo de licenciamento

ambiental, durante o qual podem ser realizadas audiências públicas.<sup>24</sup>

Entretanto, a Funai regulamentou a participação indígena de forma necessária ao regular desenvolvimento do processo de licenciamento ambiental, prevendo consultas obrigatórias, além da atuação do órgão como auxiliar no licenciamento, quando a Funai entenda que os empreendimentos ou as atividades podem ser “causadoras de impactos ambientais e socio-culturais que afetem terras e povos indígenas” (FUNAI, 2012).

A Funai deve-se reportar e agir em colaboração com os órgãos licenciadores (Ibama ou OEMA) e ser responsável pelo componente indígena em todas as fases do processo de licenciamento ambiental (FUNAI, 2012).

### **11.1. Do fundamento normativo da IN FUNAI 01/2012: Portaria Interministerial MMA/MJ/MinC/MS n. 419/2011**

A Instrução Normativa n. 1 (FUNAI, 2012) tem como principal base normativa a Portaria Interministerial MMA/MJ/MinC/MS 419/2011, doravante Portaria Interministerial n. 419 (FUNAI, 2011), embora também cite a Constituição e a Convenção OIT 169, que são muito mais vetores hermenêuticos do que propriamente a sua base normativa. Essa portaria interministerial, por sua vez, baseou-se no artigo 14<sup>25</sup> da Lei Federal 11.516/2007.

<sup>24</sup> Dessa forma, não existe a necessidade de o Estado disponibilizar transporte para indígenas participarem das audiências públicas, que certamente serão efetuadas fora de suas terras, nem mesmo traduzir todas as fases do estudo de impacto ambiental para a língua indígena, exceto na consulta da Convenção OIT 169.

<sup>25</sup> “Art. 14. Os órgãos públicos incumbidos da elaboração de parecer em processo visando à emissão de licença ambiental deverão fazê-lo em prazo a ser estabelecido em regulamento editado pela respectiva esfera de governo” (BRASIL, 2007c).

Como o licenciamento ambiental é estudo multidisciplinar e o Estado atua através de órgãos (administração direta) ou entidades (administração indireta) em um evidente processo de especialização, às vezes se faz necessário envolver vários órgãos ou entidades para analisar um licenciamento ambiental.

Para evitar que cada órgão ou entidade fizesse a sua própria e desvinculada regulamentação, os ministérios envolvidos optaram por elaborar uma portaria interministerial, a Portaria Interministerial 419/2011, que regulou a participação de alguns órgãos e entidades<sup>26</sup> envolvidos no licenciamento ambiental levado a cabo pelo Ibama (art. 1º).

No início do processo de licenciamento, o Ibama, na Ficha de Caracterização das Atividades – FCA, “deverá solicitar informações do empreendedor sobre possíveis interferências em terra indígena, em terra quilombola”, presumindo-se como tal “quando a atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra indígena ou apresentar elementos que possam gerar dano socioambiental direto no interior da terra indígena, respeitados os limites do Anexo II” (Portaria Interministerial 419/2011, art. 3º).

Os órgãos e entidades potencialmente envolvidos (Funai, FCP, IPHAN, (BRASIL, 2011) e MS) no licenciamento ambiental deverão apresentar ao Ibama manifestação conclusiva em até 90 dias para EIA/RIMA e 30 dias nos demais casos, a contar da data do recebimento da solicitação (Portaria Interministerial 419/2011, art. 6º), considerando a Funai a avaliação dos impactos provocados pela atividade ou empreendimento em terras indígenas, bem como a apreciação da adequação das propostas de

medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos.

Embora possa ser pedida excepcional prorrogação do prazo por mais 15 dias (Portaria Interministerial 419/2011, art. 6º, § 3º), “a ausência de manifestação dos órgãos e entidades envolvidos, no prazo estabelecido, não implicará prejuízo ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença” (Portaria Interministerial 419/2011, art. 6º, § 4º).<sup>27</sup> Tal observação é fundamental para se evitar que o licenciamento seja boicotado por alguns dos órgãos ou entidades públicas auxiliares.

O licenciamento é de competência do Ibama, tendo os órgãos e entidades públicas papel meramente secundário, como meros intervenientes. Isso obviamente não implica em alienação dos interesses representados por esses órgãos e entidades públicas, apenas que a ausência de suas manifestações não obsta a marcha do licenciamento, embora sejam consideradas, ainda que extemporâneas, na fase em que se encontrar o processo de licenciamento (Portaria Interministerial 419/2011, art. 6º, § 5º).

Para evitar exigências absurdas, aproveitando-se da intervenção no processo de licenciamento ambiental para resolver problemas anteriores ou posteriores desvinculados do empreendimento ou atividade a ser licenciada, a Portaria Interministerial 419/2011 foi categórica em exigir “relação direta” e “justificativa técnica” das condicionantes com os impactos

<sup>26</sup> Fundação Nacional do Índio (Funai), Fundação Cultural Palmares (FCP), Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e do Ministério da Saúde (MS).

<sup>27</sup> Tal dispositivo parece revogar o artigo 21, § 2º, da Instrução Normativa do Ibama 184/08, que impunha efeito obstativo ao não envio das manifestações conclusivas para a expedição da LI (“Art. 21. Aos órgãos envolvidos no licenciamento será solicitado posicionamento sobre o estudo ambiental em 60 dias e no que segue: [...] § 2º Os órgãos intervenientes deverão se manifestar em 30 dias após a entrega do estudo, a não manifestação será convertida em condicionante da licença prévia, neste caso a licença de instalação não será emitida até a definitiva manifestação dos órgãos federais intervenientes”) (IBAMA, 2008).



identificados nos estudos apresentados pelo empreendedor (art. 6º, § 8º) (FUNAI, 2011).

Compreender a base normativa direta da IN FUNAI é fundamental para evitar leituras que distorcem o seu conteúdo ou seu papel auxiliar no licenciamento ambiental.

## **11.2. Da federalização do licenciamento, do caráter auxiliar da Funai no licenciamento ambiental e a questão do termo de referência específico**

Caso a Funai entenda estar presente o interesse indígena no licenciamento, ela deve requerer “a transferência do procedimento de licenciamento instaurado nos órgãos licenciadores ambientais estaduais e municipais ao Ibama” (FUNAI, 2012).<sup>28</sup> Entretanto, não é o fato de um órgão federal estar envolvido que justifica por si só a atração do licenciamento ao Ibama,<sup>29</sup> mas o de o empreendimento ou atividade estar localizado em terras indígenas (LC 140/11, art. 7º, XIV, c)). Por isso, esse requerimento da Funai não deve ser entendido como alguma norma que autorize o deslocamento da competência para o órgão ambiental federal, havendo uma federalização a pedido, analogamente ao artigo 109, § 5º, da CF.

Como se viu ao estudar a Portaria Interministerial 419/2011, *a atribuição dos órgãos ou entidades é auxiliar*, não obstativa ou mesmo paralisante pela ausência de entrega das manifestações conclusivas ao Ibama.<sup>30</sup> Esse papel secundário também tem importância vital na análise da questão do termo de referência, mormente o termo de referência especial da Funai, que segundo a IN FUNAI 01/12 somente deverá ser emitido quando necessário, depois da consulta da Diretoria de Proteção Territorial e da Coordenação Geral de Índios Isolados e de Recente Contato (art. 9º).

Entretanto, no artigo 10, a Funai inseriu algumas exigências mínimas para constar do termo de referência, o que, para a Portaria Interministerial 419/11, seria de competência do Ibama (art. 2º, VIII). A Funai não poderia

---

<sup>28</sup> A Funai entende que haveria um deslocamento da competência inicialmente atribuída aos Estados e Municípios para licenciar pela existência do componente indígena, como se a Funai não pudesse dialogar com os órgãos estaduais ou municipais.

<sup>29</sup> Esse entendimento contraria a própria Instrução Normativa n. 1 (Funai, 2012) porque, no art. 4º, § 3º, ela diz ser dever da Funai reportar e agir em colaboração com os órgãos licenciadores (Ibama ou OEMA) em relação ao componente indígena nas fases do processo de licenciamento ambiental.

<sup>30</sup> Além das previsões constantes da Portaria Interministerial 419/2011, seu papel de interveniente é explicitado na própria Instrução Normativa n. 1 (Funai, 2012), que fala em instauração de procedimento interno para “acompanhamento de processo de licenciamento ambiental” (art. 7º, *caput*) e afirma que a participação da Funai no processo de licenciamento ambiental “tem caráter interveniente à ação dos órgãos licenciadores” (art. 7º, parágrafo único). O próprio artigo 8º (*caput*), ao traçar de quem seria a competência para abrir o processo administrativo na Funai, fala em “acompanhamento de licenciamento ambiental”.

impor ao Ibama o conteúdo do termo de referência (TR), sob pena de cometer uma ilegalidade por violação da Portaria Interministerial 419/11. A participação dos órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental para a definição do conteúdo do termo de referência, de que trata o art. 4º, ocorrerá a partir dos termos de referência específicos anexos (Anexo III) à Portaria Interministerial 419/11 (art. 5º) e ainda mediante manifestação no prazo de 15 dias consecutivos (art. 5º, II).

Entretanto, a Funai poderia impor requisitos ao seu próprio termo (termo de referência específico) ou garantir que suas manifestações, ainda que caso a caso, tivessem como exigência mínima os requisitos do artigo 10, o que não vincularia o Ibama, que deverá emitir o juízo sobre a manifestação da Funai.

Ainda que a Instrução Normativa tenha se equivocado, falando na verdade do termo de referência específico – o que parece ser o caso, uma vez que o artigo 11 da IN FUNAI 01/12 fala apenas em termo de referência – seriam essas exigências legais, já que estabelecidas de antemão e sem a análise do caso concreto?

A Portaria Interministerial 419/2011 (FUNAI, 2011) diz que o termo de referência é o documento elaborado pelo Ibama que estabelece o conteúdo necessário dos estudos a serem apresentados no processo de licenciamento ambiental (art. 2º, VIII), sendo os termos de referência específicos os “documentos elaborados pelos órgãos e entidades da administração pública federal envolvidos no licenciamento ambiental que estabelecem o conteúdo necessário para análise dos impactos afetos a cada órgão ou entidade” (art. 2º, IX).

Parece ser dever da Funai elaborar o termo de referência específico para o componente indígena, o que não exige o Ibama de exigir informações ou estudos específicos referentes à interferência da atividade ou empreendimento em terra indígena (Portaria Interministerial 419/2011, art. 4º), os quais podem ser aperfeiçoados, englobando, a seu juízo, inclusive exigências efetuadas pela Funai, em suas manifestações ou mesmo em ato genérico. As exigências do termo de referência específico deverão constar com presunção relativa de aceitação pelo Ibama, porque, embora o papel dos órgãos e entidades seja auxiliar, eles não podem ser desprestigiados em sua função específica, atribuída pela Portaria Interministerial 419/11 (art. 2º, IX c/c art. 5º, *caput*), na elaboração do termo de referência.

Antes de se manifestar conclusivamente, a Funai tem a possibilidade de considerar insatisfatórios os estudos apresentados, podendo solicitar “complementações e/ou revisões” (FUNAI, 2012). Entretanto, tal disposição deve ser harmonizada com o § 1º do artigo 14 da LC 140/11, que atribui ao órgão licenciador a exigência de complementação dos estudos, de uma única vez, ressalvadas aquelas decorrentes de fatos novos. Se a

Funai considerar o estudo insatisfatório, ela deve enviar sua opinião e requerimento para complementações e/ou revisões para o órgão licenciador, que, por seu turno, exigirá as complementações necessárias de uma só vez.

Como o juízo sobre o empreendimento é do órgão licenciador, cabe à Funai enviar o seu juízo sobre a questão mesmo com os estudos insatisfatórios, possibilitando aos órgãos licenciadores avaliar, em sua discricionariedade técnico-política, a necessidade de complementações indicadas pela Funai.

### **11.3. Os motivos que autorizam a Funai a intervir no licenciamento ambiental**

A intervenção da Funai no processo de licenciamento ambiental não ocorre por ato puro e simples de vontade, mas mediante a constatação do cumprimento de requisitos do artigo 2º da IN FUNAI 01/2012, quais sejam, a presença de empreendimentos ou atividades potencial e efetivamente causadores de impactos ambientais e socioculturais sobre terras e povos indígenas, o que nem de longe significa que o licenciamento deve ser feito pela União, exceto se o empreendimento ou atividade estiver localizado em terras indígenas (LC 140/11, art. 7º, XIV, c)).

Dois são os critérios conjugados a esses para determinar se há potencial ou efetivo impacto ambiental e sociocultural: um geográfico e outro baseado na atividade, mas que também precisa ser conjugado com o geográfico, sob pena de ser tornar inútil. O critério geográfico reside no fato de o empreendimento ou atividade estar localizado em terras indígenas ou em seu entorno (art. 2º, I). O baseado na atividade consiste na utilização das atividades listadas pela Resolução Conama 237/97 (art. 2º, II). Note-se que as atividades devem estar listadas na Resolução Conama 237/97 e serem

desenvolvidas dentro das terras indígenas ou em seu entorno. A simples existência da atividade listada não poderia atrair por si só a competência da Funai para acompanhar o licenciamento.

De qualquer maneira, a IN FUNAI 01/2012 deve ser lida com os limites impostos pela Portaria Interministerial 419/11. Ela somente autoriza a intervenção da Funai quando houver interferência em terra indígena, presumindo-se a interferência “em terra indígena, quando a atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra indígena ou apresentar elementos que possam gerar dano socioambiental direto no interior da terra indígena, respeitados os limites do Anexo II” (art. 3º, § 2º, I).<sup>31</sup> Para alterar o limite estabelecido no Anexo II, é necessário “comum acordo entre o Ibama, o órgão envolvido e o empreendedor”, desde que devidamente justificada a excepcionalidade em “função das especificidades da atividade ou empreendimento e das peculiaridades locais” (Portaria Interministerial 419/11, art. 3º, § 3º).

### **11.4. A consulta às comunidades indígenas: legalidade do reforço participativo?**

A participação dos indígenas no licenciamento ocorre na condição de cidadãos que são, uma vez que fazem parte do povo brasileiro, mas não deve ocorrer como dever do Estado. Se o povo indígena ou tribal quiser participar do licenciamento, deve se manifestar nos foros

---

<sup>31</sup> Ao preceituar que se devem respeitar os limites do seu Anexo II, a Portaria na verdade limita o impacto que geraria a interferência as distâncias previstas no anexo II, que variam conforme o tipo de empreendimento (v.g., rodovias, ferrovias, dutos, linhas de transmissão, aproveitamento hidrelétricos, portos) e o local (Amazônia legal/demais regiões). O propósito da norma é restringir a atuação dos órgãos e entidades auxiliares no licenciamento porque a limitação ocorre mesmo se presumindo que há impacto, ou seja, a norma presume o impacto mas o limita territorialmente.

competentes. Se encontrar alguma dificuldade no processo de participação, pode pedir ajuda à Funai. O que não pode ocorrer é a Funai, misturando a exegese de normas e da própria Convenção OIT 169, criar participações inexistentes em cada fase do licenciamento, gerando requisitos procedimentais não autorizados pela legislação ambiental.

Existem diversas previsões de participação indígena no processo de licenciamento ambiental via participação da Funai.

A Instrução Normativa n. 1 (FUNAI, 2012) previu pelo menos três oportunidades concretas de participação dos indígenas no processo, sendo a quarta um pouco mais fluida porque fala em participação efetiva (art. 10, IV), enquanto as demais falam em consulta prévia, livre e informada (art. 17) e em manifestação (arts. 24 e 29).

A primeira oportunidade ocorre quando se especifica o conteúdo do termo de referência. Ao dizer o que ele necessariamente deve solicitar, inclui-se a “participação efetiva das comunidades indígenas em todo o processo de levantamento de dados, reflexão e discussão dos impactos” (art. 10, IV).

Essa previsão é a mais complicada porque parece um coringa para viabilizar a participação indígena no processo. Ocorre que a participação deve ter hora e lugar definidos ocorrer. Tal como ficou estabelecido, fica a impressão de que, se o empreendedor ou mesmo a Funai derem um passo sem consultar os índios, haveria descumprimento do termo de referência.

É importante ressaltar que a participação obrigatória (que se traveste em dever de consultar) é medida que decorre da lei, ainda que seja da Convenção OIT 169. Sem estar prevista em tal instrumento normativo, ela sempre será facultativa e sujeita ao juízo discricionário da Administração, que pode regular a questão normativamente, desde que internamente. No

caso, a Funai pretendeu impor a consulta em todas as fases para órgãos externos a ela, via termo de referência.

Sua competência não pode chegar ao ponto de impor requisitos procedimentais ao órgão ambiental licenciador via termo de referência, com fases de consulta. A Convenção OIT 169 só fala em consulta prévia à medida legislativa ou administrativa, ainda que seja empreendimento em terras indígenas, não em consultas prévias a cada fase do processo de licenciamento ou mesmo na elaboração do termo de referência.

As próximas previsões de oitiva das comunidades indígenas são mais concretas e fáceis de operacionalizar, trazendo segurança jurídica e incluindo os indígenas no processo de licenciamento. Embora possam ser feitas as mesmas críticas da primeira previsão, agora a IN previu momentos certos e razoáveis para a participação indígena.

A segunda consulta está prevista após a análise e a elaboração de parecer técnico pelo órgão interno da Funai responsável (CGGAM/DPDS). Os estudos, bem como esse parecer, serão apresentados às comunidades indígenas afetadas, em consulta prévia, livre e informada (art. 17). Para a realização dessa consulta serão encaminhados às comunidades consultadas (1) o componente indígena em sua versão integral, (2) o Rima ou o RAS (relatório ambiental simplificado) e (3) um relatório em linguagem acessível ou com tradução para línguas indígenas, a ser elaborado pelo empreendedor (art. 17, parágrafo único).

Essa consulta prévia é para que a Funai possa se manifestar conclusivamente sobre a expedição de licença prévia (LP).

Quando a Funai tiver que se manifestar sobre a expedição da licença de instalação (LI) ou da licença de operação (LO), as comunidades indígenas devem ter a oportunidade de se manifestar novamente (arts. 24 e 29).

## 12. Conclusão

A oitiva dos povos indígenas e tribais traz os membros desses povos para o centro da democracia participativa, sofrendo as mesmas limitações dessa, não implicando necessidade de anuência ou mesmo a existência de poder de veto da atividade estatal objeto da consulta. A natureza da oitiva prevista na Convenção OIT 169, na Constituição Federal e em outras normas esparsas é de consulta, que visa trazer elementos para a melhor decisão estatal.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto legislativo n. 2, de 03 de fevereiro de 1994. Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica; assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 fev. 1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.480-3. Medida liminar. Convenção 158/OIT. Relator: Celso de Mello. DJ, 04 set. 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 maio 2001.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 abr. 2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.352 MC-DF. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ, 02 dez. 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 15 abr. 2005.

\_\_\_\_\_. Suspensão de Liminar n. 25. Relator: Ellen Gracie. DJ, 16 de mar. 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 mar. 2007a.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 fev. 2007b.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.516, de 28 de agosto de 2007. Dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes; altera as Leis nºs 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, 11.284, de 02 de março de 2006, 9.985, de 18 de julho de 2000, 10.410, de 11 de janeiro de 2002, 11.156, de 29 de julho de 2005, 11.357, de 19 de outubro de 2006, e 7.957, de 20 de dezembro de 1989; revoga dispositivos da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, e da Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 ago. 2007c.

\_\_\_\_\_. Suspensão de Liminar n. 246- MT. Relator: Gilmar Mendes. DJ, 06 jun. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 18 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Despacho do advogado geral da União n. 193 e 205. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 ago. 2008b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388/RR. Relator: Carlos Britto. DJ, 19 mar. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 01 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional da 1ª região. Apelação Cível n. 2006.39.03.000711-8 / PA (AI 2006.01.00.012867-7/PA) . Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ, 14 nov. 2011. *Diário Oficial da União*, 25 nov. 2011a.

\_\_\_\_\_. Lei complementar n. 140, de 08 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 dez. 2011b.

\_\_\_\_\_. Advocacia-Geral da União. Portaria AGU n. 303, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. *Advocacia Geral da União*, Brasília, 16 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração. Ação popular. Demarcação da terra indígena raposa serra do sol. Pet 3388 ED / RR – RORAIMA. DJ, 23 out. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 04 fev. 2014.

COLOMBIA. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “*por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*”. Sentencia C-175/09. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. DJ, 18 mar. 2009. Bogotá, *Corte Constitucional de la República de Colombia*, 2009.

CONVENÇÃO sobre diversidade biológica e legislação correlata: dispositivos constitucionais pertinentes. Decreto-legislativo n. 2, de 03 de fevereiro de 1994. Decreto n. 4.703, de 21 de maio de 2003. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. (Coleção ambiental, v. 10).

DECLARAÇÃO das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 2008. Disponível em: < [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2014.

EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Asamblea Nacional Constituyente, 2008.

EQUADOR. Constitución Del Ecuador de 1998. Asamblea Nacional Constituyente, 1998.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para a sua implementação no Brasil*. São Paulo: ISA, 2009.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. Portaria interministerial n. 419, de 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/PortariaInterministerial-n-419-de-26-de-outubro-de-2011.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Instrução normativa n. 1/PRES, de 9 de janeiro de 2012. *Separata do Boletim de serviço da Funai*, Brasília, ano 25, n. 1, jan. 2012. Disponível em: [http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/Separata\\_01\\_10-01-12\\_\(IN-Lic\\_Ambiental\).pdf](http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cglic/pdf/Separata_01_10-01-12_(IN-Lic_Ambiental).pdf). Acesso em: 8 out. 2014.

GARZÓN, Biviany Rojas. Qualificando a democracia representativa em sociedades plurais. A consulta de matérias legislativas no Brasil. In:\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Instrução normativa n. 184, de 17 de julho de 2008. Disponível em: < <http://www.mprs.mp.br/ambiente/legislacao/id4979.htm>>. Acesso em 8 out. 2014.

KNICLEY, Jared E. *Debt, nature, and indigenous rights: twenty-five years of debt-for-nature evolution*. *Harvard Environmental Law Review*, Cambridge, Harvard Law School Student Journals Office, v. 36, n. 1, p. 79-122, 2012.

LÓPES, Marin Abadí Gutierrez. Entre a lei e a jurisprudência: consulta ou consentimento: caso da Bolívia. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para a sua implementação no Brasil*. São Paulo: ISA, 2009.

MARÍAS, Julián. *Tratado sobre a convivência: concórdia sem acordo*. Tradução de Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MELO, Mario. As perversidades de uma regulamentação deficiente e autoritária do direito de consulta prévia: o caso do Equador. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para a sua implementação no Brasil*. São Paulo: ISA, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 107 da OIT, concernente às populações indígenas e tribais. Genebra, 26 de junho de 1957. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%2BA%20107\).pdf](http://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%2BA%20107).pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Genebra, 07 de junho de 1989. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%2BA%20169.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

PINTO, Vladimir. Situação do direito à consulta e o consentimento prévio, livre e informado aos povos indígenas no Peru. In: GARZÓN, Biviany Rojas (Org.). *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para a sua implementação no Brasil*. São Paulo: ISA, 2009.

RUBIO, Ramon Esteban Laborde. Colômbia: a implementação do direito à consulta prévia previsto na Convenção 169 da OIT. In: \_\_\_\_\_.

SILVA, Marina. O direito de consulta prévia sobre medidas legislativas que afetam os povos indígenas e quilombolas. In: \_\_\_\_\_.

SILVEIRA, Edson Damas. Direitos fundamentais indígenas, movimento socioambiental e a formação do estado na modernidade. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 25-56, jul./dez. 2009.





# O sistema de cotas de gênero para cargos eletivos

Estudo empírico da justificação de sua permanência

MORTON LUIZ FARIA DE MEDEIROS

## Sumário

Introdução. 1. Direito à participação política e direitos humanos. 2. A participação política da mulher no Brasil. 3. O sistema de “cota de gênero”. 4. Estudo do caso das eleições municipais no Rio Grande do Norte após a redemocratização do país. Conclusão.

“Em 1968, quando fui prefeito, inovei, colocando uma mulher como chefe de gabinete. Agora, temos uma presidente mulher. Por isso, não vejo essa preocupação de defesa da mulher. Queria ver isso no passado. Elas querem tudo. Se elas querem tudo, vamos dar tudo. Dá tudo de uma vez. Vamos dar 100% da lista.”\*

## Introdução

As muitas pautas reivindicatórias de direitos humanos, engendradas pelas parcelas da população que se consideram minoritárias (qualitativa ou quantitativamente), parecem ter diminuído a ênfase do movimento social que visava à proteção dos interesses próprios da mulher, cujas conquistas foram auferidas há mais tempo do que as dos ambientalistas, homoafetivos, deficientes e quejandos.

O artigo presente busca resgatar as razões históricas para a ocupação do espaço político pelas mulheres, no afã de enfrentar uma questão cen-

Morton Luiz Faria de Medeiros é professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, promotor de Justiça no RN, mestre em Direito Constitucional (UFRN) e doutorando no programa de pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

---

\* Itamar Franco, ao se posicionar contra a reserva de vagas para as mulheres em projeto que previa lista partidária fechada (JUNGBLUT, 2011).

tral: já não atingiram elas, após tantas décadas de luta, uma igualdade nesse espaço, considerando o visível crescimento de candidatas eleitas e ocupantes de cargos públicos? Ainda há disparidade considerável entre o número de homens e mulheres eleitos democraticamente, que justifique, por exemplo, um sistema de “cota de gênero” para os cargos eletivos?

Para o cumprimento dos objetivos definidos acima, principiar-se-á pela análise da participação política da mulher, perquirindo-lhe sua caracterização como direito fundamental tutelado pelas fontes do Direito Internacional, após o que se buscará uma retomada histórica de como essa participação vem sendo construída no Brasil, a partir do Direito. Em seguida, será analisado o sistema de “cota de gênero”, para avaliar sua gênese no país e sua constitucionalidade em face do princípio constitucional da autonomia partidária.

Por derradeiro, com base nos dados divulgados pela Justiça Eleitoral brasileira sobre as eleições realizadas entre 1988 e 2012 no Estado do Rio Grande do Norte para o cargo de vereador, será avaliada a repercussão da implantação do sistema de “cota de gênero”, para aquilatar se vem cumprindo plenamente seu objetivo central de minorar a disparidade entre o número de homens e mulheres eleitos e se é necessária, ainda, sua permanência em nosso ordenamento jurídico.

A opção pela abordagem empírica, entendida como coleção sistemática de informação e sua análise de acordo com um método generalizadamente aceito (CANE, 2010, p. 4), e, especificamente, pelo estudo de caso, se justifica por ser essa uma metodologia adequada a situações complexas, em que se busca “analisar a interação de certas variáveis” e possibilitar “o entendimento das particularidades do comportamento dos indivíduos” (RICHARDSON, 1999, p. 80).

A escolha do cargo de vereador foi motivada pelo fato de ser essa a função parlamentar (atingida, pois, pelo sistema de “cota de gênero”) mais próxima da população e com maior número de candidaturas; a opção por analisar os dados do Rio Grande do Norte se deveu ao fato de esse estado ter sido, historicamente, pioneiro no reconhecimento dos direitos políticos das mulheres. Por seu turno, o recorte temporal adotado (1988 a 2012) permite avaliar os efeitos das inovações consolidadas pelas Leis 9.504/97 e 12.034/09. Observe-se que o pleito eleitoral de 2012 tanto se distancia da inovação consolidada pela Lei nº 9.504/97, quanto é a primeira em que se podem perceber os efeitos da Lei nº 12.034/09.

Em suma, o objetivo central deste trabalho é analisar o incremento da participação das mulheres como candidatas e eleitas ao cargo de vereador no Brasil, desde a instituição do sistema de “cota de gênero” para os cargos eletivos do sistema proporcional, tomando como referência a análise do caso do Estado do Rio Grande do Norte.

## **1. Direito à participação política e direitos humanos**

O direito à participação política constitui inegável direito fundamental. A defesa dessa ideia custou à girondina Olimpe de Gouges a própria vida, por reivindicar, num manifesto antipatriarcal escrito, que a Revolução Francesa também proporcionasse às mulheres as aspirações de liberdade, igualdade e fraternidade – ou o simples direito de voto (FLORES, 2009, p. 56).

Durante muito tempo, sob a inspiração da doutrina clássica liberal, foi rechaçado o sufrágio universal, sob o argumento de que o exercício da razão estava ao alcance tão somente dos proprietários (CANOTILHO, 2002, p. 157), a ponto de Oliveira Viana (1999, p. 484), em 1949, concluir que “o sufrágio universal e o

sufrágio igual é anticientífico, quando aplicado sistematicamente ao nosso povo”, pois tal direito, em relação à escolha de alguns cargos eletivos de mais importância, só deveria ser estendido a determinado grupo, destacado por certos critérios de competência e responsabilidade.

Adveio, para contrapor essa tendência, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1953, aprovada no país pelo Decreto Legislativo nº 123/55, ratificada em 13/8/63, promulgada pelo Decreto nº 52.476/63 e em vigor desde 11/11/64. Essa Convenção estabelecia, em seus artigos iniciais, que as mulheres deveriam ter, em igualdade de condições com os homens, “o direito de voto em todas as eleições, sem nenhuma restrição” (art. 1º), e a elegibilidade “para todos os organismos públicos de eleição, constituídos em virtude da legislação nacional, sem nenhuma restrição” (art. 2º).

Em seguida, a Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento social, proclamada pela Resolução nº 2.542 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11/12/69, prescrevia que “progresso e desenvolvimento social exigem a plena utilização dos recursos humanos, nomeadamente e em particular [...], a participação ativa de *todos* os elementos da sociedade” (art. 5º, c)(grifo nosso). O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>1</sup>, por seu turno, impunha aos Estados compromissários a garantia “a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição dos direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma” (UNITED NATIONS, 1969, tradução nossa).

Importante destacar, por fim, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada em 1979

e ratificada pelo Brasil em 1984, que, em seu art. 4º, dispunha que

“A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.”

Tal previsão “abre caminho e legitima a ‘ação afirmativa’” (ALVES, 1997, p. 115), corolária de uma das mais acentuadas funções dos direitos fundamentais, a *função de não discriminação* (CANOTILHO, 2002, p. 409), segundo a qual se entende que a eliminação da discriminação não é bastante para assegurar a igualdade entre os gêneros: além disso, invoca “medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando as condições resultantes de um passado discriminatório” (PIOVESAN, 1998, p. 143).

Nesse diapasão é que se insere a discussão acerca do sistema de “cota de gênero”, que será abordado no item 3, enquadrado no que se pode denominar “direito especial de representação”, consistente em um plexo de medidas temporárias para fazer frente às condições de opressão vivenciadas por determinado grupo social (MARION apud KYMLICKA, 1997, p. 19-20), tais como fundos públicos para sua defesa e representação garantida nas instituições políticas.

## 2. A participação política da mulher no Brasil

No Brasil, a mulher, historicamente, tem sido alijada da efetiva participação política e só muito recentemente obteve a capacidade eleitoral ativa.

<sup>1</sup> Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16/12/96 e aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 226(1)/91 e pelo Decreto nº 592/92.

Deveras, foi o Código Eleitoral de 1932 que instituiu, em todo o país, a possibilidade de ser a mulher eleitora, já que seu art. 2º previa a capacidade eleitoral ativa “sem distinção de sexo”, conquanto sua alistabilidade fosse facultativa (art. 121). Ainda assim, tal conquista se deu em meio a fortes resistências dos parlamentares da época, ciosos de “saber em que condições se deve arrojara a mulher no turbilhão dos comícios e na agitação dos parlamentos” (CABRAL, 2004, p. 19)! Ainda assim, o Brasil foi o segundo país da América Latina a reconhecer o direito de voto às mulheres, saindo à frente de Argentina e Venezuela (1947), México (1953) e, dentre os reputados centros da democracia, antes da França (1944), Itália e Japão (1946), Suíça (1971) e Portugal (1974) (CASTRO, 2008, p. 444).

A Constituição da República de 1934, finalmente, deu amparo constitucional ao voto feminino, ao dispor que são “eleitores os brasileiros de um ou de outro sexo” (art. 108, *caput*), mantendo o *discrímén* quanto à obrigatoriedade do voto prenunciado no Código Eleitoral de 1932, porquanto prescrevia que o alistamento e o voto só seriam obrigatórios para as mulheres “quando estas exerçam função pública remunerada” (art. 109).

O Estado do Rio Grande do Norte (RN), no entanto, palco do nascimento – em 1810 – de Nísia Floresta Brasileira Augusta, apontada como a “precursora do feminismo no Brasil” (RODRIGUES, 2002, p. 277), assumiu papel pioneiro nestes prados, antes mesmo do citado Código e da Constituição, inicialmente com a promulgação da Lei estadual nº 660, de 25 de outubro de 1927, pelo então Governador José Augusto Bezerra de Medeiros, que previa: “No Rio Grande do Norte poderão votar e ser votados, sem distincção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por esta lei” (art. 77). Desse modo, já em 1927,

“de acordo com a professora Maria do Nascimento Bezerra, um mês após a publicação da Lei nº 660, na cidade de Mossoró<sup>2</sup>, a professora Celina Guimarães Viana, aos 29 anos de idade, [...] após encaminhar bem-sucedida petição reivindicando sua inclusão no rol de eleitores [...] daquele município, tornou-se a primeira mulher habilitada a votar na América do Sul. Mas Celina Guimarães não foi a única a solicitar o direito a voto no Rio Grande do Norte naquele ano. Júlia Alves Barbosa, em Natal, fez a solicitação no mesmo dia que Celina, 27 de novembro, e teve o pedido atendido dois dias depois, enquanto o desta foi atendido no mesmo dia<sup>3</sup>” (RIO GRANDE DO NORTE, 2012).

Pouco tempo depois, já sob o governo de Juvenal Lamartine de Faria, que em sua plataforma eleitoral já propunha contar “com o concurso da mulher não só na escolha daqueles que vêm representar o povo, como entre os que elaboram e votam a lei que tiver de aplicar” (RODRIGUES, 2002, p. 88), foi eleita “a primeira prefeita da América do Sul, a senhora Alzira Teixeira Soriano, do Município de Lages” (MARIZ, 2002, p. 236), também no Estado do Rio Grande do Norte, tendo iniciado seu mandato em 1929. Em seguida, ainda no mesmo Estado, era eleita, em 1935, Maria do Céu Pereira Fernandes, apontada como a primeira deputada estadual do Brasil (RODRIGUES, 2002, p. 290).

Essa maior participação da mulher na vida política tem-se transformado em verdadeiro mecanismo de legitimação dos sistemas políticos frente à baixa credibilidade das instituições democráticas (ELA, 2009, p. 71), mesmo que não se possa garantir, *peremptoriamente*, que as

<sup>2</sup> Coincidentemente, as duas últimas ocupantes do cargo de Governador do Estado do RN (Wilma Maria de Faria e Rosalba Ciarlini Rosado) foram nascidas em Mossoró.

<sup>3</sup> RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. *Os 80 anos do voto de saias no Brasil*. [8 maio 2012]. Disponível em: <<http://www.tre-rn.jus.br/institucional/centro-de-memoria/os-80-anos-do-voto-de-saias-no-brasil-tre-rn>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

políticas femininas tenham alinhamento sectário à defesa dos interesses das mulheres – até porque a própria ideia de um grupo de “interesses típicos das mulheres” é frequentemente questionado<sup>4</sup>. Trata-se, então, do cuidado com a “representatividade estatística” de grandes segmentos sociais na Política, conforme expressão de Philip Pettit (2003, p. 376), mas que traz, consigo, os inconvenientes apontados por Eleni Varikas (1996, p. 71), que adverte que

“[...] a paridade se situa numa perspectiva que pretende refundar a democracia, mas que também busca simplesmente uma divisão do poder na democracia tal qual ela é; que supõe uma ruptura fundamental com os princípios republicanos, mas que também pode ‘integrar’ esses ‘princípios fundadores’; que não se importa com o conteúdo da política, mas que também constitui-se num meio de fazer política diferente; que é uma medida de igualdade formal que em nada garante a transformação das relações sociais entre os sexos, mas que também é a última grande batalha das mulheres.”

Considerando-se tal advertência, será analisado o instrumento mais comum destinado ao empoderamento político da mulher em todo o mundo: o sistema de “cota de gênero”.

### 3. O sistema de “cota de gênero”

Muita coisa mudou desde Olimpe de Gouges. As mulheres passaram a ocupar cada vez mais espaços inicialmente reservados apenas aos homens, mas a política partidária ainda se apresentava bastante tímida na contribuição para essa igualdade. Anota-se, com certa ironia, que o próprio dicionário, seguindo o vulgo popular, sacramenta a diversidade de gênero: enquanto *homem* público é definido como “indivíduo que se consagra à vida pública, ou que a ela está ligado”, *mulher* pública é apontada como um dos sinônimos para meretriz! (FERREIRA, 1988, p. 344, 428).

Para aprimorar a participação política das mulheres, tem-se difundido, em todo o mundo<sup>5</sup>, o sistema de “cota de gênero”, a exemplo do que pioneiramente fez a Argentina, primeiro país da América Latina a aplicar

---

<sup>4</sup> Érika Barbacena, a esse respeito, observa que imputar às mulheres um estilo próprio e uniforme leva a rejeitar não somente “os seus sentidos de autonomia, mas também contribui a dar invisibilidade a todas as outras diferenças entre mulheres que determinam as perspectivas específicas, ações e comportamentos” (BARBACENA, 2006, p. 101). No mesmo sentido, ver VARIKAS (1996, p. 78-9).

<sup>5</sup> Conforme apontado no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres de 2013-2015, 18 países latino-americanos incorporaram “mudanças em suas leis eleitorais estabelecendo cotas e ou paridade na inscrição de candidatas ao parlamento” (BRASIL, 2013, p. 52).

por lei<sup>6</sup> um sistema de cotas para garantir a participação das mulheres no Congresso Nacional (ELA, 2009, p. 71). Essa iniciativa, aliás, responde ao próprio mandamento constitucional argentino previsto no art. 37, que determina que a igualdade real de oportunidades entre homens e mulheres para o acesso a cargos eletivos e partidários se garantirá por *ações positivas* na regulação dos partidos políticos e no regime eleitoral.

Nesse diapasão, o Brasil, a partir da Lei nº 9.100/95, que disciplinou as eleições municipais de 1996<sup>7</sup>, e, posteriormente, pela Lei nº 9.504/97, que acabou por se aplicar a todas as eleições subsequentes, adotou o sistema de “cota de gênero”, para estimular a participação feminina nas candidaturas para os cargos legislativos do sistema eleitoral proporcional (Vereador, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Deputado Federal) e, assim, atender ao pluralismo político, elevado a fundamento constitucional da República brasileira (art. 1º, V).

A Lei nº 9.504/97, em sua redação original, prescrevia que, do número de candidatas cujo registro podia ser requerido, “cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”. Ocorre que tal redação deixava margem de dúvida se esse percentual deveria ser aplicado sobre o total *possível* de candidatas de cada partido ou coligação, ou sobre o total *efetivamente* indicado.

A jurisprudência eleitoral firmou entendimento firme no sentido de prestigiar o intento já anunciado na Lei nº 9.100/95 – incrementar o número de candidatas para os cargos do sistema eleitoral proporcional: “O cálculo dos percentuais deverá considerar o número de candidatas efetivamente lançados pelo partido ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no art. 10, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.504/97” (BRASIL, 2010). Em seguida, tal entendimento foi consolidado na nova redação dada ao artigo, retirando qualquer dúvida que pudesse persistir: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação *preencherá* o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo” (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Desde as sucessivas modificações legislativas, acima aduzidas, essa participação tem crescido exponencialmente, fazendo surgir dois ques-

---

<sup>6</sup> Pela Lei 24.012/91 (“Ley de Cupo”) não apenas se fixou em 30% a proporção mínima de mulheres que deveriam ser incorporadas nas listas de candidatas a cargos eletivos de deputados, senadores e constituintes nacionais, como ainda se estabeleceram pautas rígidas sobre a localização das candidatas nas listas (ARGENTINA, 1991).

<sup>7</sup> Nessa lei, estabeleceu-se que “vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres” (art. 11, § 3º) (BRASIL, 1995).



tionamentos: a) a inconstitucionalidade do estabelecimento de “cota de gênero”, em face do princípio da autonomia partidária (art. 17, § 1º, da Constituição da República); e b) a necessidade da manutenção do sistema de “cota de gênero” no ordenamento jurídico brasileiro, já que, por exemplo, temos uma Presidente da República e, no Estado do Rio Grande do Norte, nas últimas três eleições gerais, foram eleitas mulheres como Governadoras do Estado.

À primeira indagação, responde Bucchianeri Pinheiro que os partidos políticos, sendo submetidos a todas as normas constitucionais, não exercem *soberania* partidária, mas simples *autonomia*,

“que não se sobrepõe ao dever constitucional de observância aos direitos fundamentais (art. 17, *caput*) e que autoriza, sim, sob tal perspectiva, não só a atuação corretiva por parte do Poder Judiciário, mas, por igual, determinadas imposições derivadas da lei, tal como ocorre na hipótese da paridade mínima entre sexos, em tema de candidaturas políticas” (PINHEIRO apud GOMES, 2011, p. 256).

O segundo questionamento, porém, demanda mais detida análise, com vistas a avaliar, a partir do caso potiguar, se subsistem as razões para a manutenção desse sistema de “cota de gênero”, o que se desenvolverá a seguir.

#### **4. Estudo do caso das eleições municipais no Rio Grande do Norte após a redemocratização do país**

É inegável o impacto da legislação instituidora do sistema de cotas de gênero no incremento do número de candidaturas e eleições de mulheres para o cargo de vereador no Estado do Rio Grande do Norte. Para comprovar tal constatação, de grande valia se mostram os dados levantados e publicados pela Justiça Eleitoral, relativos às eleições municipais realizadas após a redemocratização no país: 1988<sup>8</sup>, 1992<sup>9</sup>, 1996, 2000, 2004, 2008<sup>10</sup> e 2012<sup>11</sup>. Tal levantamento foi em grande parte auxiliado pelo preceito

---

<sup>8</sup> RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. *Resumo das eleições – 1988*. Natal: TRE/RN, 1988; RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. Sessão de Banco de Dados e Sistemas. *Relação dos candidatos nas eleições de 1988* (arquivo digital). Natal: TRE/RN; SBDS, 2013.

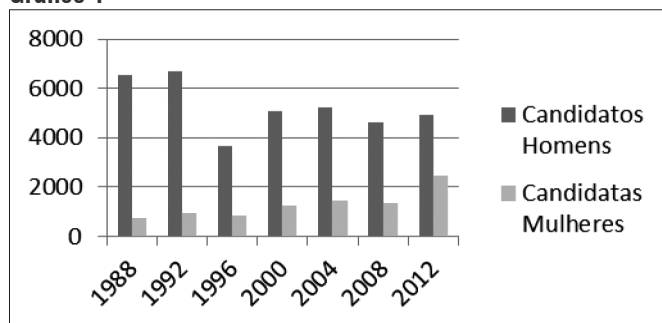
<sup>9</sup> RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. *Eleições Municipais 1992*: relação dos eleitos para o cargo de vereador. Natal: TRE/RN, 1992.

<sup>10</sup> RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. *Eleições anteriores*. Disponível em <<http://www.tre-rn.jus.br/eleicoes/eleicoes-antecedentes>> Acesso em: 30 ago. 2013.

<sup>11</sup> RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Superior Eleitoral. *Resultado da eleição 2012*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>> Acesso em: 30 ago. 2013.

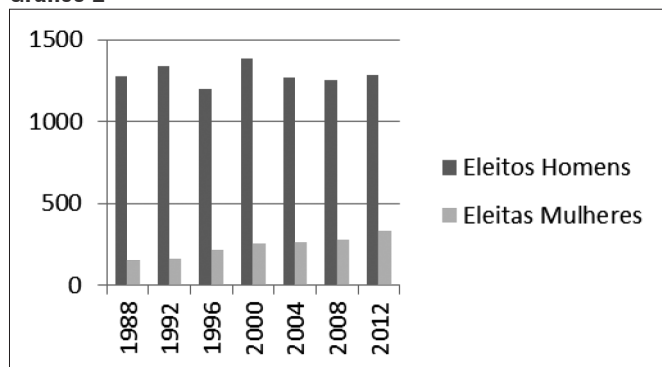
desenvolvimento informático, que, inclusive, já permitia a produção de dados repartidos por sexo, conforme exigência de vários órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos (CELS, 2010, p. 375):

**Gráfico 1**



Dados: Tribunal Regional Eleitoral do RN

**Gráfico 2**



Dados: Tribunal Regional Eleitoral do RN

**Quadro 1**

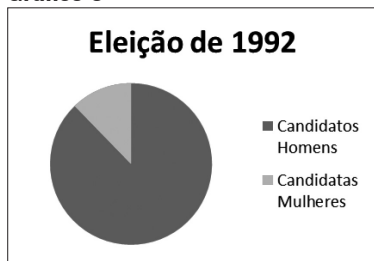
ELEIÇÃO	VEREADORAS
1988	153
1992	163
1996	212
2000	254
2004	262
2008	276
2012	332

Dados: Tribunal Regional Eleitoral do RN

Percebe-se, com base nos gráficos e no quadro acima apresentados, significativo incremento, a cada eleição, não apenas no número de candidatas ao cargo de vereador, como, principalmente, no número de vereadoras eleitas, num percentual de crescimento de 103,68%, se se comparar o resultado das eleições de 1992 – primeira eleição municipal antes da incidência do sistema de “cota de gênero” – e o das últimas eleições.

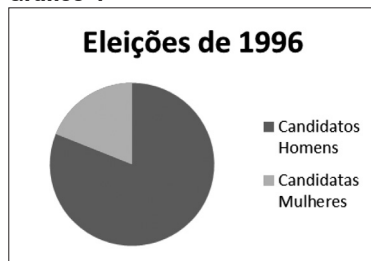
Pode causar estranheza, por isso, que o número de candidatas das eleições de 1996 (849) – quando começou a vigor o sistema de “cota de gênero” – seja inferior ao verificado nas eleições anteriores de 1992 (936), como que a desmentir a hipótese de que tal sistema tenha servido para incrementar a participação política feminina no Estado. Todavia, merece destaque que o *número de candidatos, como um todo*, foi deveras diminuído entre as eleições de 1992 e 1996 (de 7.640 para 4.485 candidaturas totais), em razão da significativa modificação legislativa ocorrida entre as duas eleições: na primeira, cada partido político poderia registrar até o dobro (200%) – ou o triplo, no caso de coligação – dos cargos a serem preenchidos<sup>12</sup>, enquanto, na seguinte, esse percentual caiu para 120%<sup>13</sup>. Desse modo, em termos relativos, o incremento de candidaturas femininas nas eleições de 1996 sofreu aumento perceptível:

**Gráfico 3**



Dados: Tribunal Regional Eleitoral do RN

**Gráfico 4**



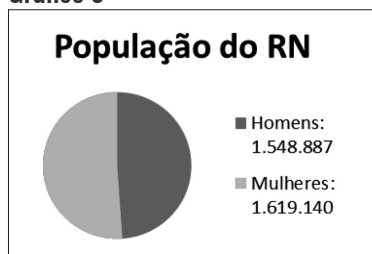
Dados: Tribunal Regional Eleitoral do RN

No entanto, há ainda enorme disparidade a ser vencida, considerando a prevalência do número de mulheres sobre o de homens, segundo o Censo realizado pelo IBGE em 2010<sup>14</sup>, e a tímida porcentagem de mulheres eleitas em relação aos homens eleitos na última eleição de 2012:

<sup>12</sup> Art. 11 da Lei nº 8.214/91, que estabelecia normas para a realização das eleições municipais de 1992.

<sup>13</sup> Art. 11 da Lei nº 9.100/95, que estabelecia normas para a realização das eleições municipais de 1996.

<sup>14</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Sinopse do Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <[http://www.ibge.com.br/estadosat/temas.php?sigla=rn&tema=sinopse\\_censodemog2010](http://www.ibge.com.br/estadosat/temas.php?sigla=rn&tema=sinopse_censodemog2010)>. Acesso em: 28 ago. 2013.

**Gráfico 5**

Dados: IBGE

**Gráfico 6**

Dados: Tribunal Regional Eleitoral do RN

Como se observa pelos dados acima, enquanto as mulheres representam cerca de 51,1% da população do Estado, somente respondem pela ocupação de 20,5% dos cargos de edis – portanto, abaixo do percentual mínimo de 30% para candidaturas previsto na Lei nº 9.504/97, a demonstrar que o sistema de “cota de gênero” por ela instaurado não vem se mostrando de todo eficaz, ao contrário do que pretendeu insinuar o Senador Itamar Franco no pronunciamento destacado como epígrafe deste trabalho.

Outrossim, ainda que o Estado do Rio Grande do Norte não encerre todas as variáveis caracterizadoras dos demais estados brasileiros ou do país como um todo, a simples constatação da disparidade apontada já inspira preocupação suficiente para sinalizar para a manutenção do sistema, que, afinal, imprimiu alguma modificação no percentual de mulheres eleitas.

Ademais, além de essa superioridade numérica nunca ter se refletido na quantidade de cargos eletivos do sistema proporcional, os partidos e coligações ainda vêm utilizando muitas mulheres apenas como formalidade para compor o número legal mínimo, sem qualquer participação efetiva das “candidatas”.

Se se tomarem as eleições municipais de 2012, no Rio Grande do Norte<sup>15</sup>, considerando as candidatas ao cargo de vereador, por exemplo, constatar-se-á assustador número de “aspirantes” que não obtiveram um voto sequer – ou seja, nem o próprio: 445 candidatas! Comparando-se ao número de candidatos homens que não obtiveram voto nessas mesmas eleições (190), pode-se inferir, com alguma margem de segurança, que muitas candidaturas femininas são “lançadas” apenas formalmente, para satisfazer ao quociente mínimo exigido pela Lei nº 9.504/97.

Não se olvida, por certo, a possibilidade fática de ausência do candidato no dia da eleição (se for ele seu único eleitor) ou a de anulação posterior dos votos por decisão judicial – circunstâncias que não aparecem

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas e resultado da eleição 2012*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

nos dados fornecidos pela Justiça Eleitoral nas planilhas pesquisadas –, mas a gritante desproporção entre homens e mulheres quanto a esse indicador (candidatos sem qualquer votação nominal) permite corroborar que não se encontra plenamente satisfeito o propósito do “sistema de cota de gênero” que a legislação eleitoral brasileira estabeleceu desde as eleições de 1996.

Eis por que o sistema de cota, sozinho, não se mostra suficiente para atender à missão de estabelecer consonância de representatividade numérica entre os cargos legislativos ocupados por mulheres e o percentual que representam na população total. Ao lado dele – e talvez mais importantes<sup>16</sup> – impõem-se outras iniciativas, como o compromisso dos partidos políticos com a paridade de gênero e o acesso das mulheres a recursos de comunicação e financiamento (CELS, 2010, p. 377).

Nesse diapasão é que se insere a inovação proporcionada pela Lei nº 12.034/09, que alterou a Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), prevendo que os recursos oriundos do Fundo Partidário deverão ser aplicados

“na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total” (art. 44, V). Ademais, impôs que a propaganda partidária gratuita devesse “promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento)”, medidas que visam a estimular a participação política das mulheres e, por outro lado, lhes dar maior visibilidade.

Tais iniciativas, como se percebe, ainda não surtiram o efeito desejado, conquanto se reconheça que, após o advento da Lei nº 9.504/97, o maior crescimento percentual no número de vereadoras eleitas no Rio Grande do Norte, entre eleições, se dê no comparativo 1992/1996 (sob o impacto da entrada em vigor da Lei nº 9.504/97) e 2008/2012, justamente depois da vigência da Lei nº 12.034/09 (RIO GRANDE DO NORTE, s.d.):

**Quadro 2**

ELEIÇÕES	AUMENTO DO NÚMERO DE VEREADORAS NO RN
1988-1992	6,53%
1992-1996	30,06%
1996-2000	19,81%
2000-2004	3,14%
2004-2008	5,34%
2008-2012	20,28%

Dados: Tribunal Regional Eleitoral do RN

<sup>16</sup> Fernanda Barros (2008, p. 132) defende que a “necessidade de mecanismos que propiciem uma melhor distribuição do poder político entre grupos minoritários, como as cotas, são um indício da subalternidade”, o que deve servir de lição de que só a garantia formal de um percentual de candidatas não parece suficiente para a correção da distorção da participação política das mulheres no país.

Existem, por fim, Projeto de Lei (PLS 293/2011)<sup>17</sup> de iniciativa do Senador Humberto

<sup>17</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 293, de 26 de maio de 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/91132.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2013.

Costa e Proposta de Emenda Constitucional (PEC 43/2011)<sup>18</sup>, ambos ainda em tramitação no Senado brasileiro, que pretendem instituir um sistema de voto em listas partidárias pré-ordenadas, prevendo que tais listas sejam elaboradas de modo a garantir a alternância de gêneros em sua totalidade. Tal regramento em muito se assemelha ao que a citada “Ley de Cupo” argentina prescrevia ao modificar o art. 60 do Decreto nº 2.135/83 daquele país, para determinar que as listas partidárias resguardassem às mulheres um mínimo de trinta por cento dos candidatos “*a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas*”, no afã de evitar meras candidaturas formais, de “faz-de-conta”, como algumas, no Estado do Rio Grande do Norte, têm-se revelado. Não por acaso, o atual Plano Nacional de Políticas para as Mulheres propôs, como uma de suas ações, instituir

“[...] no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, medidas de ação afirmativa e de discriminação positiva que garantam a realização de metas percentuais de participação das mulheres nas funções de presidência, direção, coordenação, gerenciamento e assessoria, incluindo medidas administrativas e de gestão estratégica ao cumprimento destas medidas” (BRASIL, 2013, p. 57)

Desse modo, não estariam salvaguardadas apenas as candidaturas “protocolares” das mulheres, mas, fundamentalmente, empunhar-se-ia a bandeira de sua efetiva participação no cenário político nacional.

## Conclusão

Pode-se concluir, da abordagem tecida nas linhas acima, que a ocupação do palco político

---

<sup>18</sup> BRASIL. Projeto de Emenda Constitucional nº 43, de 19 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=90857&tp=1>>. Acesso em: 1º set. 2013.

pelas mulheres ainda não foi definitivamente conquistada. A importância atribuída ao sistema de “cota de gênero” permanece íntegra e imperiosa no ordenamento jurídico pátrio, depois de haver iniciado importante missão no incremento do número de mulheres ocupantes de cargos públicos eletivos, como se pôde constatar no exame do caso norte-riograndense, em que, nitidamente, representou fator importante para a maior participação das mulheres como candidatas e, em até maior proporção, eleitas ao cargo de vereadora, desde 1996.

Se a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, como dito acima, previa que “as medidas positivas destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher” deverão cessar “quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados” (BRASIL, 2013), infelizmente não é chegado o momento ainda... O que causa especial desalento é que tal disparidade se evidencie justamente no Rio Grande do Norte, estado pioneiro no reconhecimento dos direitos políticos das mulheres...

Não obstante, o esforço para tal incremento não finda na instituição da cota, haja vista a constatação de que muitas das candidaturas femininas são postas pelos partidos políticos e coligações apenas para satisfazerem o percentual mínimo exigido pela legislação eleitoral. Devem-se exigir outros instrumentos que, efetiva e definitivamente, aproximem a ocupação dos espaços públicos pelas mulheres da prevalência numérica que representam na totalidade da população do país, tais como a destinação de recursos do Fundo Partidário para a criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres e a obrigatoriedade de a propaganda partidária gratuita promover e difundir a participação política feminina.

## Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ARGENTINA. Ley 24.012 de 1991. [Ley de cupo]. *Boletín Oficial*, 12 dic. 1991.

BARBACENA, Érika Mara. *A mulher no legislativo: uma análise das desigualdades de gênero no senado federal*. In: PRÊMIO Construindo a Igualdade de Gênero: redações e trabalhos científicos monográficos vencedores, 1. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.

BARROS, Fernanda Nunes Feitosa. *Penetras no clube do Bolinha: a carreira política das mulheres na Câmara dos Deputados*. In: PRÊMIO Construindo a Igualdade de Gênero: redações e artigos científicos vencedores, 3. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008.

BRASIL. Decreto n. 52.476, de 12 de setembro de 1963. Promulga a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, adotada por ocasião da VII Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. *Diário Oficial da União*, 17 set. 1963.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.214, de 24 de julho de 1991. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1992 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1991.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 out. 1995.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º out. 1997.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 set. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 78.432/PA (78432.2010.614.0000). Relator: Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares. *Acórdão publicado em sessão*, 12 ago. 2010. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/ExibirDados-Processo.do?nproc=78432&sgcla=RESPE&nprot=224342010&comboTribunal=tse&tipoProcesso=J>>. Acesso em: 30 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Proposta de emenda à Constituição nº 43, de 19 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=90857&tp=1>>. Acesso em: 29 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 293, de 26 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=91209&tp=1>>. Acesso em: 28 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas e Resultados da Eleição*. [2012]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Plano nacional de políticas para as mulheres*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013.

CABRAL, João C. R. *Código eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil*: 1932. Brasília: Secretaria de Documentação e Informação do TSE, 2004. Edição Especial.

CANE, Peter; KRITZER, Herbert M. Introduction. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert M. *The Oxford handbook of empirical legal research*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.



CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito geral e do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES – CELS. *Derechos humanos en Argentina: informe 2010*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO – ELA. *Informe sobre género y derechos humanos: vigência y respeto de los derechos de las mujeres em Argentina (2005-2008)*. Buenos Aires: Biblos-ELA, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Sinopse do Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <[http://www.ibge.com.br/estadosat/temas.php?sigla=rn&tema=sinopse\\_censodemog2010](http://www.ibge.com.br/estadosat/temas.php?sigla=rn&tema=sinopse_censodemog2010)>. Acesso em: 28 out. 2014.

JUNGBLUT, Cristiane. Comissão do Senado aprova cota de 50% para mulheres na lista fechada dos partidos. *O Globo*, Rio de Janeiro, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/comissao-do-senado-aprova-cota-de-50-para-mulheres-na-lista-fechada-dos-partidos-2799865>>. Acesso em: 29 out. 2014.

KYMLICKA, Will; NORMAN, Wayne. El retorno del ciudadano: una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía. *Ágora*, Lima, n. 7, 1997.

MARIZ, Marlene da Silva; SUASSUNA, Luiz Eduardo Brandão. *História do Rio Grande do Norte*. Natal: Sebo Vermelho, 2002.

PETIT, Philip. *Democracia e contestabilidade: direito e legitimidade*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Eleitoral. *Eleições anteriores*. Disponível em: <<http://www.tre-rn.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores>>. Acesso em: 30 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral. *Resumo das eleições 1988*. Natal: TRE/RN, 1988.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral. *Eleições Municipais 1992: relação dos eleitos para o cargo de vereador*. Natal: TER/RN, 1992.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral. *Os 80 anos do voto de saias no Brasil*. [8 maio 2012]. Disponível em: <<http://www.tre-rn.jus.br/institucional/centro-de-memoria/os-80-anos-do-voto-de-saias-no-brasil-tre-rn>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral. Sessão de Banco de Dados e Sistemas. *Relação dos candidatos nas eleições de 1988*. Natal: TER/RN/SBDS, 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral. *Sinopse do censo demográfico 2010*. Disponível em: <[http://www.ibge.com.br/estadosat/temas.php?sigla=rn&tema=sinopse\\_censodemog2010](http://www.ibge.com.br/estadosat/temas.php?sigla=rn&tema=sinopse_censodemog2010)>. Acesso em: 30 out. 2014.

RODRIGUES, João Batista Cascudo. *A mulher brasileira: direitos políticos e civis*. 4. ed. Brasília: Projecto Editorial, 2002.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution n. 2.542. Declaration on Social Progress and Development. *United Nations publications*, 11 dec. 1969. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2542\(XXIV\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2542(XXIV)&Lang=E&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 30 out. 2014.

VARIKAS, Eleni. Refundar ou reacomodar a democracia?: reflexões críticas acerca da paridade entre os sexos. *Revista de Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 4, 1996.

VIANA, Francisco José Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.



# Juízos morais, decisões judiciais e superendividamento

MARÍLIA DE ÁVILA E SILVA SAMPAIO

## Sumário

Introdução. 1. A possibilidade de utilização de critérios morais no direito. 1.1. Análise do tema sob uma perspectiva epistemológica interpretativista – não cética. 1.2. A universalizabilidade como critério de controle da racionalidade do discurso prático. 2. Precedentes do STJ e o controle da racionalidade do discurso prático. 2.1. Julgamentos do STJ sobre limitação dos descontos de pagamento a 30% dos vencimentos dos devedores superendividados. 2.2. Avaliação da aplicação dos critérios jurisprudenciais a casos semelhantes. Considerações finais.

## Introdução

A questão que o presente estudo busca avaliar é quais são os principais argumentos utilizados na jurisprudência do STJ sobre a alteração de contratos de mútuo por superendividamento do devedor e se tais argumentos apresentam uma utilização frágil da linguagem<sup>1</sup> ou se atendem a critérios de universalizabilidade necessários para fundamentar racionalmente os enunciados jurídicos (argumentação prática).<sup>2</sup>

Marília de Ávila e Silva Sampaio é Juíza de Direito titular do 2º Juizado da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Privado e em Direito Administrativo pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

<sup>1</sup>O texto apresentará a seguir, ainda na introdução, o conceito de uso frágil da linguagem.

<sup>2</sup>Sobre a argumentação racional e prática, escreve Robert Alexy que a tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir que os julgamentos baseados em valores inerentes à ordem constitucional, “mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundadas na argumentação racional. Deve ficar evidente que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade” (ALEXY, 2001, p. 34).

Segundo Robert Alexy (2001), o discurso jurídico é uma espécie de discurso prático, que é regulado por regras, ou seja, é uma atividade linguística que busca, por intermédio de regras, assegurar a correção dos enunciados normativos, envolvendo sempre questões práticas. O que diferencia o discurso jurídico dos demais discursos, segundo Robert Alexy, são as suas condições limitadoras, principalmente a sujeição à lei e aos precedentes.<sup>3</sup>

Definido que o discurso jurídico é tido como um tipo especial do discurso prático, a pesquisa parte da premissa epistemológica básica de que é possível a utilização de critérios morais no direito, impondo a necessidade de justificação desses juízos utilizados como base da racionalidade da decisão, de modo a permitir sua universalizabilidade. No campo dos juízos morais, a universalizabilidade é a obrigatoriedade de aplicação da regra de decisão a outros casos semelhantes, pois, se não houver a sua aplicação isonômica, perde-se a racionalidade da aplicação, transformando-se a decisão em arbítrio. De acordo com Roberto Freitas Filho, “se o julgador não explicita adequadamente suas opções valorativas ao aplicar normas com palavras avaliatórias, verifica-se um déficit de fundamentação na decisão. [...] a análise da coerência das decisões supõe a ideia de universalidade dos juízos. Aquele que diz algo em determinada situação deve, por dever de coerência, assumir a mesma posição, dada uma situação semelhante” (FREITAS FILHO, 2007, p. 52).

A segunda premissa de que parte a pesquisa é a de que o trabalho jurídico deve necessariamente ser relacionado com uma dimensão normativa de decidibilidade, tendo em conta que um dos maiores problemas da teoria da argumentação é justificar as sentenças jurídicas, pois, não raras vezes, mesmo a aplicação de regras cunhadas tão somente com expressões descritivas<sup>4</sup> demanda do aplicador escolhas acerca do caminho

---

<sup>3</sup> Optou-se, no âmbito do presente estudo, por adotar a tese de Alexy de que o discurso jurídico é uma espécie de discurso prático, mesmo sabendo-se da divergência entre Alexy e Habermas sobre o tema. Uma análise mais aprofundada da discussão foge dos limites aqui propostos, mas sobre a divergência ver o texto “O discurso Jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas”, de Fernando Galvão de Andrea Ferreira (2006).

<sup>4</sup> A diferenciação entre expressões descritivas e avaliatórias, nos termos da teoria do prescritivismo universal de Richard Hare, será explicitada mais adiante no texto. Por ora vale estabelecer uma diferença apresentada por Roberto Freitas Filho, que, de maneira didática e resumida, explica que “as palavras descritivas são aquelas que não têm sentido prescritivo, não têm significado relativo à qualidade de um objeto ou situação. Dizer que algo é um automóvel é usar a palavra num sentido descritivo. Essa afirmação não pede uma justificação para que seja plenamente compreendida. Ninguém se pergunta, de forma geral, a quem diz “isto é um automóvel” por que essa pessoa descreveu o objeto como um automóvel. As palavras descritivas têm função lógica de designar um objeto e seu significado é menos problemático que o das palavras avaliatórias quanto à estabilidade *prima facie*. Por outro lado, um proferimento como “isto é um bom automóvel” pede, naturalmente, uma justificação sobre a avaliação feita a respeito da qualidade atribuída ao objeto. Bom é uma palavra de valor. Vejamos o que isso significa. As palavras de valor, por terem função de qualificar

a percorrer para se chegar à conclusão, que não se apresenta como uma dedução puramente lógica de premissas previamente estabelecidas. Ao contrário, na maioria das vezes, é a preferência pessoal do julgador que vai determinar qual proposição normativa vai predominar na decisão de um caso concreto.

É necessário ainda que fique explícito o que significa um uso “frágil da linguagem”, tendo em conta justamente o problema que a pesquisa pretende investigar. Por uso frágil da linguagem entende-se a utilização de expressões avaliatórias como premissa da decisão judicial como se fossem expressões descritivas, prática que burla o dever de fundamentação das decisões com a simples menção de um conceito avaliatório presente em uma norma – por exemplo, “dignidade da pessoa humana” ou “garantia de um mínimo existencial” –, como se tal conceito possuísse um sentido autoevidente, partindo-se daí para a conclusão.

Foram pesquisadas 146 decisões monocráticas de diferentes relatores do STJ, metodologicamente agrupadas e analisadas a partir da Metodologia de Análise de Decisões – MAD (FREITAS FILHO, 2010), versando sobre a possibilidade de alteração dos contratos de financiamento por consignação. A escolha desse instrumento metodológico se deu principalmente em razão do protocolo de pesquisa de decisões judiciais que o método proporciona, principalmente na verificação dos parâmetros descritivos e avaliatórios utilizados, conceitos que serão explicitados no decorrer deste texto.

Para desenvolver a pesquisa proposta, o assunto foi dividido em duas grandes partes: a primeira versa sobre a possibilidade de utilização de critérios morais no direito; a segunda propõe

o estudo pormenorizado dos precedentes do STJ e o controle da racionalidade do discurso prático.

## **1. A possibilidade de utilização de critérios morais no direito**

Para a análise da possibilidade de utilização de critérios morais no direito, o texto será subdividido em duas partes: 1.1. Análise sob uma perspectiva epistemológica interpretativista-não cética e 1.2. A universalizabilidade como critério de controle da racionalidade do discurso prático.

### **1.1. Análise do tema sob uma perspectiva epistemológica interpretativista-não cética**

Durante décadas, os estudos de direito foram capitaneados pela perspectiva de que não existem princípios morais e de justiça válidos universalmente e cognoscíveis por meios racionais e objetivos. Influenciados principalmente pelas obras de Hans Kelsen e Alf Ross, muitos juristas compartilhavam de um ceticismo ético, negando a existência de uma verdade objetiva ou de uma resposta certa em relação a juízos de valor. De acordo com essa linha de entendimento, a análise moral baseia-se na perspectiva exclusivamente subjetiva e relativa de quem age, enquanto o direito demanda instâncias objetivas de atuação.

Para esses representantes do positivismo lógico, os únicos juízos que podem ser submetidos a uma aferição de falsidade e verdade são os juízos que têm conteúdo empírico. Os juízos morais não satisfazem essa condição e não podem ser submetidos a uma aferição de falsidade/verdade, pois são relativos e subjetivos e “se limitam a expressar os estados emocionais de quem os formula” (NINO 2010, p. 35)<sup>5</sup>.

---

um determinado objeto, não são estáveis semanticamente de forma apriorística, o que torna necessária a indicação, na motivação da decisão, das circunstâncias descritivas que estão presentes no caso” (FILHO, 2010, p. 14).

---

<sup>5</sup> Elucidativo é o texto de Hans Kelsen, no livro *Teoria pura do direito*, no qual discorre sobre norma e valor. Segundo o autor, existe diferença entre valor no sentido subjetivo e valor no sentido objetivo. “O valor que consiste na relação

É fato que existem positivistas que não compartilham desse entendimento, como é o caso de H. L. A. Hart, Norberto Bobbio, Jeremy Bentham, que não excluem totalmente a moral da definição do direito. Segundo Carlos Santiago Nino, considerando esses autores, não é correto identificar o positivismo com o ceticismo ético, e mesmo no caso de Kelsen e Ross, que se apoiam no ceticismo para defender sua postura positivista, não identificam o positivismo com o ceticismo, sendo compatível com o positivismo a crença na existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e justificáveis racionalmente.

O fato de nem mesmo os positivistas identificarem o direito com o ceticismo ético deixa antever a importância da discussão acerca da possibilidade de justificação de interpretações valorativamente satisfatórias das sentenças jurídicas, sobretudo da jurisprudência normativa.

Outra perspectiva crítica da possibilidade dos julgamentos de valor no direito, bastante

em voga, é o *Critical Legal Studies* – CLS<sup>6</sup>, movimento que pretende realizar a denúncia das relações de poder que embasam a prática jurídica, rejeitando a discussão acerca da correção das decisões judiciais. Segundo esse movimento, o discurso jurídico, incluindo as decisões judiciais, não é ato de conhecimento racional, mas expressão de um projeto político que “funciona como o veículo legitimador de um modo de decidir que, em última análise, tem a função política de manter o estado de dominação de um grupo social (aqueles que detêm o poder) sobre outro (aqueles que não o detêm)” (FREITAS FILHO, 2007, p. 46).

A crítica dos CLS à coerência sistemática do direito denuncia a camuflagem dos processos de poder envolvidos na decisão judicial, pondo às claras os mitos de que o processo decisório é neutro e desvinculado de influências ideológicas do julgador, bem como o fato de que mesmo os julgamentos baseados em regras legislativas não são baseados em premissas não problemáticas.

Trata-se de uma crítica sedutora, mas que não exclui a possibilidade de se empreender um controle da racionalidade das decisões. Segundo Roberto Freitas Filho, “os CLS adotam a descrença metódica na possibilidade empírica de correção das decisões judiciais ou num tipo de universalismo de valores, mas não propõem um ceticismo radical” (FREITAS FILHO, 2007, p. 48).

Para Ronald Dworkin, as formas mais variadas de ceticismo têm sido influentes na filosofia

---

de um objeto, especialmente uma conduta humana, com o desejo de um ou vários indivíduos, àquele objeto dirigido, pode ser designado como valor subjetivo – para distinguir do valor que consiste na relação de uma conduta com uma norma objetivamente válida e que pode ser designado como valor objetivo. Quando o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa apenas significa que ela é desejada ou querida por uma outra ou várias outras pessoas, e o juízo segundo o qual uma conduta humana é má apenas traduz que a conduta contrária é desejada ou querida por uma outra ou várias outras pessoas, então o valor ‘bom’ e o desvalor ‘mau’ apenas existem para aquela ou aquelas pessoas que desejam ou querem aquela conduta oposta, e não para a pessoa ou pessoas cuja conduta é desejada ou querida. Diversamente, quando o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa traduz que ela corresponde a uma norma objetivamente válida, e o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é má traduz que tal conduta contraria uma norma objetivamente válida, o valor ‘bom’ e o desvalor ‘mau’ valem em relação às pessoas cuja conduta é determinada como devida (dever ser) pela norma objetivamente válida, independentemente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta. A sua conduta tem uma valor positivo ou negativo, não por ser desejada ou querida – ela mesma ou a conduta oposta –, mas porque é conforme a uma norma ou a contradiz. O ato de vontade cujo sentido objetivo é a norma não entra aqui em consideração” (KELSEN, 2002, p. 22).

---

<sup>6</sup> Segundo Roberto Freitas Filho, “o movimento CLS, gestado nos EUA no fim da década de sessenta e início da década de setenta (GORDON, 1987, p. 186), no ambiente de contracultura então vigente, tomou corpo a partir de um evento acadêmico, engendrado por David Trubek e Duncan Kennedy, realizado na Universidade de Wisconsin, em Madison, em maio de 1977, e tem como ideias centrais a crítica ao liberalismo e ao positivismo formalista (GODOY, 2005, p. 9; UNGER, 1986, p. 1 apud FREITAS FILHO, 2007, p. 43)”.



acadêmica e pretendem afirmar que estão fora de todo um conjunto de crenças e que é possível julgar “de fora” esse conjunto. Mas, para o autor, não se pode ser cético, mesmo sobre valores, até as últimas consequências, pois o “ceticismo, no sentido da descrença, deve ser construído a partir de alguma crença” (DWORKIN, 2008). O autor justifica sua opção contra o ceticismo afirmando que

“desejamos viver vidas decentes e que valham a pena, vidas que possamos olhar em retrospectiva com orgulho, não vergonha. Queremos que nossas comunidades sejam justas e boas, assim como nossas leis, justas e sábias. Esses são objetivos enormemente difíceis, em parte porque as questões em jogo são complexas e enigmáticas. Quando nos dizem que quaisquer convicções que nos esforçamos para atingir não podem ser, em qualquer caso, consideradas verdadeiras ou falsas, ou objetivas, ou parte daquilo que sabemos, ou que elas são somente jogadas em um jogo de linguagem, ou somente o vapor das turbinas das nossas emoções, ou somente convites a pensamentos que podemos achar divertidos, ou recreativos, ou menos enfadonhos do que as formas pelas quais estamos acostumados a pensar, devemos responder que essas sugestões denegridoras são todas falsas, somente má filosofia. São intervenções sem sentido, improdutivas e cansativas, e devemos esperar que os espíritos pesados de nossa era que a nutrem, em breve se elevem” (DWORKIN, 2013).

Postula-se aqui que o valor justiça, embora não seja essencial para a caracterização da validade do direito, é o código doador de sentido ao direito, pois, ainda que seja possível a existência de um direito injusto, este é destituído de sentido. O direito sem moralidade perde o sentido, transformando-se em arbítrio.

O direito constituído a partir da arbitrariedade até pode servir a alguma finalidade e gozar de império, validade e efetividade<sup>7</sup>. Não obstante, conforme salienta Tercio Sampaio Ferraz, o direito como ato de poder não tem seu sentido no próprio poder e “só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da moralidade em face do direito. É possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral de justiça. Aí está a sua fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a consequente perda de sentido. Aí está sua força.” (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 354).

Assim, a análise ora proposta das decisões do STJ acerca da alteração dos contratos de financiamento, para limitar os descontos, quer em folha de pagamento, quer na conta corrente dos mutuários, tem como fio con-

---

<sup>7</sup> Como exemplo dessa afirmação podemos citar o ordenamento jurídico do regime nazista. As leis promulgadas que autorizavam as práticas de confisco de bens, expropriação da propriedade privada e morte dos Judeus, a despeito de evidentemente injustas, eram fruto de um processo legislativo regular e, portanto, do direito.

dutor uma postura metodológica não cética, afirmando a possibilidade de avaliação da racionalidade das decisões morais e o valor justiça como parâmetro de concretização do direito.

No próximo item, trataremos de uma das questões mais importantes da teoria da argumentação jurídica: um método que permita aferir a racionalidade e a coerência dos critérios utilizados pelos julgadores no processo de argumentação. Para tanto, trataremos do princípio da universalizabilidade como mecanismo de controle da coerência das decisões judiciais.

## **1.2. A universalizabilidade como um critério de controle de racionalidade do discurso prático**

Uma das maiores preocupações da teoria da argumentação jurídica diz respeito a determinar sob que condições se pode considerar justificado um argumento. O direito contemporâneo tem como uma de suas marcas a obrigação de motivar as decisões como forma de legitimá-las, torná-las aceitáveis.

Desde o chamado giro hermenêutico<sup>8</sup>, a alteração da relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível impôs uma mudança na teoria do conhecimento, na medida em que a viabilização da tarefa de compreender e interpretar tem por base necessária a pré-compreensão do sujeito, da qual não pode afastar-se no momento da busca do conhecimento. Assim, interpretar corresponde ao momento em que o sujeito busca argumentos possíveis para algo que não está claro, e a necessidade de fundamentação da decisão das escolhas assumidas impõe-se como obrigação de legitimação desse processo, de modo a evitar-se um decisionismo deletério às relações sociais.

---

<sup>8</sup> O difusor da viragem hermenêutica do século XX foi Hans-George Gadamer. Margarida Maria Lacombe Camargo assim resume a filosofia gadameriana: “avesso à ideia de uma verdade objetiva, independente do sujeito, a ser alcançada pelo cientista, conforme propugnava o historicismo, Gadamer atém-se à história em outras bases: pela tradição. Ao contrário da filosofia iluminista da Modernidade, que acreditava na força da razão a ponto de romper com o passado e construir o novo, o conservadorismo de Gadamer transparece a partir do momento em que o solo do passado apresenta-se como condição para o conhecimento do presente e a vista do futuro. A inserção histórica na tradição, que dá ao sujeito os referenciais necessários ao conhecimento, faz com que Gadamer rompa definitivamente com a neutralidade da relação sujeito/objeto, desmistificando as condições de objetividade que a mesma propugnava. [...] A interpretação consistiria, assim, no comportamento reflexivo diante da tradição, capaz de identificar algo como novo a partir da relação dialética. [...] com isso altera-se a concepção tradicional de círculo hermenêutico, desde os antigos visto como a relação existente entre o todo e as partes, na medida em que o significado antecipado do todo se compreende por suas partes, que dependem, por sua vez, da luz do todo para serem suficientemente esclarecidas. Agora o que importa fundamentalmente é a posição do sujeito em relação ao objeto, uma vez que a pré-compreensão, cultural e historicamente sustentada, é o que viabilizará o sujeito a projetar-se sobre a tarefa do compreender, buscando resposta para as perguntas que o mesmo se põe e elabora” (CAMARGO, 2003, p. 516).

Não é desnecessário lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 93, IX, impõe a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, daí a importância do estudo da dimensão normativa de decidibilidade e da teoria da argumentação no esforço de justificação das sentenças jurídicas.

A teoria padrão da argumentação jurídica se preocupa com o contexto de justificação dos argumentos da fundamentação e, em geral, tem pretensões tanto descritivas, quanto prescritivas, como é caso das teorias de Robert Alexy e Neil MacCormick, buscando apresentar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também como deveriam ser justificadas. Para Manuel Atienza, a teoria padrão refuta os argumentos do determinismo metodológico, que preconiza que as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais, bem como do decisionismo metodológico, segundo o qual as decisões não precisam ser justificadas porque são puro ato de vontade (ATIENZA, 2003, p. 22).

Um dos limites da teoria da argumentação, entretanto, está nos juízos de valor, pois estes não possuem, *prima facie*, um sentido único compartilhado, impedindo que se complete o raciocínio dedutivo, pois das premissas não se extrai necessariamente a conclusão obtida. Nos raciocínios dedutivos jurídicos, a premissa maior é a norma, que nem sempre é composta de conceitos semanticamente unívocos. Ao contrário, com a complexificação das relações sociais, verifica-se cada vez mais a criação de normas compostas de expressões plurissignificativas, com a utilização de termos semanticamente abertos, de modo a possibilitar sua adaptação às mais diversas situações concretas.

Para Robert Alexy, a escolha dos significados possíveis para a polissemia semântica das

normas utilizadas como premissa maior do raciocínio dedutivo exige um julgamento no sentido de que a alternativa escolhida seja em algum sentido melhor que outra possível. O caráter científico da jurisprudência depende da resposta à questão acerca da necessidade de julgamentos de valor e como esses julgamentos se relacionam com os métodos de interpretação jurídica, proposições e conceitos de dogmática jurídica, bem como se tais conceitos podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. Essa questão tem também um grande peso para a legitimidade da regularização de conflitos sociais por meio das sentenças judiciais (ALEXY, 2001, p. 20).

A tese principal de Robert Alexy, entretanto, não é que julgamentos de valor devem ser concebidos como julgamentos morais, mas a tese mais fraca de que julgamentos de valor são moralmente relevantes, sendo que “a tomada de decisão deveria ser orientada por julgamentos de valor moralmente corretos, do tipo relevante” (ALEXY, 2001, p. 22). Mas a questão que se apresenta ao autor, e que particularmente interessa ao presente estudo, é como evitar que os julgamentos de valor dêem lugar às convicções morais subjetivas de quem decide. As proposições sugeridas para a objetivação dos julgamentos de valor podem ser divididas em três grupos: a) proposições que usam como ponto de partida convicções atuais existentes e pontos de consenso realmente válidos ou normas não-jurídicas aceitas – julgamentos de valor de caráter universal ou de um grupo específico pelo menos; b) proposições que se referem a valores que de algum modo podem ser extraídos da estrutura existente da lei (inclusive decisões prévias); c) proposições que ultrapassam a lei positiva. Somente dessas proposições, entretanto, não se podem derivar premissas normativas. Valores divergentes sempre aparecem dentro da estrutura geral de uma ordem jurídica, e estes

podem levar a resultados divergentes em sua aplicação a casos concretos particulares.

Assim, para Robert Alexy, o discurso jurídico tem sua legitimidade plasmada em regras, mesmo que baseado em premissas morais. As regras básicas do discurso geral prático estabelecidas pelo autor, que representam uma condição prévia da possibilidade de comunicação linguística e que dão origem a qualquer questão sobre verdade ou correção das sentenças judiciais, são: “1) nenhum orador pode se contradizer; 2) todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê; 3) todo orador que aplique um predicado F a um objeto A tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a A em todos os aspectos diferentes e 4) diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados” (ALEXY, 2001, p. 187).

Mesmo as regras estabelecidas por Alexy para nortear o discurso jurídico, entretanto, não afastam a possibilidade de que as convicções pessoais do julgador, principalmente no jogo das relações de poder, dêem o tom da decisão. Segundo Roberto Freitas Filho, “uma das práticas que resulta no encobrimento das opções políticas de determinado julgador é decidir usando conceitos avaliatórios (prescritivos) como se fossem descritivos, o que permite a esquiva do dever de fundamentação das decisões com a simples menção de um conceito avaliatório presente em uma norma, como se tal conceito tenha sentido descritivo auto-evidente, partindo daí para a conclusão” (FREITAS FILHO, 2007, p. 50).

Das regras estabelecidas por Alexy, interessa particularmente a terceira regra, que se relaciona com o uso de expressões pelo orador e diz respeito à formulação do princípio da universalizabilidade de Richard Mervyn Hare.

Em sua apresentação da teoria da argumentação moral, Richard Hare se baseou na análise da linguagem moral, e a conclusão mais im-

portante dessa análise é a distinção entre o significado descritivo e o avaliatório (prescritivo). Correspondendo a essa distinção, há duas regras básicas de argumentação moral: o princípio do universalismo e o princípio da prescritividade. São essas regras de argumentação prática que justificam falar de racionalidade do discurso moral. O traço característico do argumento de Richard Hare é que ele afirma ser possível a alguém chegar a uma conclusão quanto à correção ou incorreção de um julgamento moral unicamente com base na lógica da linguagem normativa expressa por meio dos princípios do universalismo e do prescritivismo. Sendo assim, o essencial na argumentação moral não é a dedução de julgamentos particulares deste ou daquele princípio, mas o teste de aceitabilidade de suas consequências lógicas, fornecendo elementos para a verificação de contradições que ocorram.<sup>9</sup>

A universalizabilidade se relaciona com a ideia de isonomia, pois a sua formulação determina que “não se pode fazer um juízo moral diferente para duas ações que se desenvolvam em contextos de similaridade em seus aspectos relevantes” (FREITAS FILHO, 2009, p. 148). Assim, quem julga deve explicitar o juízo proferido em um determinado caso e deve aplicá-lo para todos os demais casos cujas circunstâncias sejam relevantemente similares.

---

<sup>9</sup> Segundo Carlos Santiago Nino (2010, p. 434), “Hare afirma, ao contrário de Stevenson, que em matéria moral é possível oferecer razões e não somente gerar causas de atitudes, porque, como vimos no parágrafo anterior, ele supõe que pode haver relações lógicas entre prescrições. Para mostrar isso, Hare distingue em toda oração entre o que ele chama de frástico e nêustico. O nêustico é o que expressa o fato de a oração ser usada no modo imperativo, indicativo etc. (ou seja, para informar sobre algo, para ordenar certa conduta etc.). O frástico é o que, por exemplo, têm em comum a ordem ‘João abra a janela’ e um enunciado indicativo como ‘João abrirá a janela’, ou seja, é a representação de um certo estado de coisas, estado de coisas que em um caso é ordenado e no outro é afirmado. Segundo Hare, as relações lógicas entre as orações acontecem em virtude de seus frásticos, e não de seus nêusticos; isso é o que torna possível que de uma combinação de prescrições e juízos indicativos possam ser deduzidas prescrições”.

Robert Alexy, ao se referir ao princípio da universalizabilidade de Richard Hare, afirma que ele foi formulado como uma regra, chegando a uma exigência do seguinte tipo: “quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas” (ALEXY, 2001, p. 197).

Trata-se assim de um princípio que busca a coerência do discurso, o que o caracteriza como um princípio lógico, e não moral, na medida em que não propõe um conteúdo moral substantivo, mas uma forma de identificação de inconsistências no discurso jurídico.<sup>10</sup> A transparência na motivação das escolhas feitas pelo julgador no caso concreto atende a um postulado lógico de não contradição e aqui aparece o aspecto mais importante da teoria de Richard Hare para o presente estudo, que é justamente o conceito de palavras descritivas e palavras avaliatórias e seu uso nas sentenças jurídicas.<sup>11</sup>

Segundo Richard Hare, a distinção entre palavras descritivas e palavras de valor não está propriamente na sua estrutura semântica mais ou menos precisa, mas na função lógica que desempenham no discurso. As palavras descritivas são vinculadas ao objeto ao qual se referem e levam em conta um critério de similaridade, sendo certo que objetos que possuam simila-

ridades relevantes devem ser nominados da mesma forma. As palavras avaliatórias, por seu turno, “têm uma função especial na linguagem, a de *aprovar*, e, assim, elas evidentemente não podem ser definidas em termos de palavras que não desempenham essa função elas mesmas, pois, se isso for feito, seremos privados de um meio de desempenhar a função” (HARE, 1996, p. 97, grifo nosso).

Para o autor, *aprovar* significa “orientar escolhas” (HARE, 1996, p. 137, grifo nosso); assim, os termos avaliatórios carregam um sentido de recomendação e “têm por função qualificar algum objeto apreciando positiva ou negativamente o mesmo. São palavras como ‘bom’, ‘excessivo’, ‘bonito’, ‘adequado’, e expressões como ‘boa-fé’, ‘excessivamente oneroso’, ‘valor razoável’, ‘negócio justo’ etc. (FREITAS FILHO, 2007, p. 52).

Os juízos morais, assim com os juízos descritivos, são universalizáveis<sup>12</sup>, pois há “uma característica lógica comum das afirmações tanto morais quanto factuais: se alguém diz que um determinado objeto é de cor azul, outro objeto que possua a mesma característica do anterior, no aspecto relevante ‘coloração’, deverá ser chamado de azul em nome da coerência do uso da

<sup>10</sup> Para Hare (2003, p. 45) “a lógica não proíbe a adoção de diferentes padrões morais de pessoas diferentes; simplesmente proíbe que um indivíduo adote padrões inconsistentes ao mesmo tempo, e diz que eles serão inconsistentes se esse indivíduo disser coisas conflitantes a respeito de situações que ele concorda serem idênticas em suas propriedades universais”.

<sup>11</sup> Nesse sentido, preleciona Roberto Freitas Filho (2009, p. 148), que “o que a tese da universalizabilidade professa é que não se pode fazer um juízo moral diferente para duas ações que se desenvolvam em contextos de similaridade em seus aspectos relevantes. A universalizabilidade é, assim, um princípio lógico, não moral, já que não propõe nenhum conteúdo prescritivo relativo a uma ação moral”.

<sup>12</sup> Vale transcrever a observação de Hare acerca da universalidade dos juízos de valor e sua função lógica na coerência do argumento: “deve-se salientar que mesmo juízos sobre escolhas passadas não se referem meramente ao passado. Como veremos, todos os juízos de valor são veladamente de caráter universal, o que é o mesmo que dizer que se referem a, e exprimem a aceitação de um padrão aplicável a outras ocasiões similares. Se censuro alguém por ter feito algo, considero a possibilidade de ele, outra pessoa ou mesmo eu, ter de fazer uma escolha semelhante novamente; do contrário não faria sentido censurá-lo. Assim, se digo a um homem que estou ensinando a dirigir ‘você fez mal aquela manobra’, essa é uma instrução de volante bastante típica, e a instrução de volante consiste em ensinar um homem a dirigir não no passado, mas no futuro; para esse fim censuramos ou aprovamos manobras feitas no passado, para comunicar a ele o padrão que deve guiá-lo em sua conduta subsequente. Quando aprovamos um objeto, nosso juízo não é unicamente sobre aquele objeto particular, mas, inevitavelmente, sobre objetos semelhantes a ele” (HARE, 1996, p. 137).

linguagem. Todas as coisas que forem de tal cor deverão, em nome da coerência lógica e da não-contradição, merecer universalmente a mesma qualificação” (FREITAS FILHO, 2009, p. 155).

O magistrado, ao julgar, tem a obrigação de explicitar quais os parâmetros descritivos para utilização de palavras avaliatórias, atraindo um ônus argumentativo decorrente da necessidade de coerência e transparência das decisões, bem como do controle de sua racionalidade, mesmo em se tratando de juízos morais. Assim, se o julgador estabelece como premissa de sua decisão a dignidade da pessoa humana, é necessário explicitar o que quer dizer com isso, de modo que se possa estabelecer critérios universalizáveis do que seja “digno” e do que seja “indigno” nas circunstâncias do caso concreto<sup>13</sup>. Segundo Roberto Freitas Filho, “se o julgador não descreve, *ad nauseam*, as características descritivas, ou seja, quais as circunstâncias fáticas que determinam que a situação é ‘digna’, o discurso acaba desbordando para a possibilidade de arbítrio, dada a falta de justificação plena. Há, portanto,

---

<sup>13</sup> Importa transcrever a lição de Hare acerca da função lógica dos termos avaliatórios que expressam juízos morais em razão de seu didatismo: “porque os juízos morais têm de ser feitos por certas razões, as razões sendo os fatos da situação, é irracional emitir um juízo que não leve em consideração os fatos (compare-se com a ordem do sargento no exemplo citado, a qual, de forma alguma, torna o sargento culpado pela irracionalidade). Com efeito, é verdade que normalmente se exige que as escolhas expressas por atos de fala imperativos sejam feitas com base em razões, para que aquele que escolhe não seja chamado de irracional, e é verdade que, mesmo nesse caso incomum, o sargento tem uma razão para dizer o que diz (a saber, a intenção de testar a obediência do recruta). Mas nesse caso, ele poderia ter dito ‘esquerda, volver’ em vez de ‘direita, volver’ com a mesma racionalidade. É um privilégio dos sargentos não ter razões para esse tipo de escolha. *Juízos morais e juízos normativos, ao contrário, não podem ser arbitrários dessa forma – eles têm de ser feitos por causa dos fatos. Isso não significa que o juízo moral se siga logicamente dos fatos. Os fatos não nos forçam, logicamente, a fazer um determinado juízo moral em vez de outro, mas se fizermos um juízo a respeito da situação, não podemos, ao admitir que os fatos são os mesmos em outra situação, fazer simultaneamente um juízo conflitante a respeito da segunda situação*” (HARE, 2003, p. 33-34, grifo nosso).

o chamado ‘déficit de justificação’” (FREITAS FILHO, 2010, p. 15).

Este o objeto principal da presente pesquisa: avaliar quais os principais argumentos utilizados pela jurisprudência do STJ na alteração dos contratos de mútuo feneratício, notadamente nos contratos de crédito consignado, no que tange à forma contratada de pagamento, limitando os descontos em conta-corrente ou em folha de pagamento a 30% dos vencimentos do devedor, e se tais argumentos atendem aos critérios de transparência e coerência, se são elaborados em termos descritivos ou avaliatórios e se são universalizáveis. Isso será o objeto do próximo tópico.

## 2. Precedentes do STJ e o controle da racionalidade do discurso prático

Para o estudo pormenorizado dos precedentes do STJ e o controle da racionalidade do discurso prático, o texto será subdividido em duas partes: 2.1. Julgamentos do STJ sobre limitação dos descontos de pagamento a 30% dos vencimentos dos devedores; e 2.2. Avaliação da aplicação dos critérios jurisprudenciais a casos semelhantes.

### 2.1. Julgamentos do STJ sobre limitação dos descontos de pagamento a 30% da remuneração dos devedores

A pesquisa jurisprudencial iniciou-se por buscar julgamentos sobre o tema do superendividamento dos devedores em contratos de empréstimo consignado e como o Superior Tribunal de Justiça tem avaliado o tema. Numa pesquisa exploratória, verificou-se que o maior número de julgamentos sobre superendividamento foi feito em decisões monocráticas dos relatores. Isso porque os casos mais frequentes postos à apreciação daquele Tribunal dizem



respeito às decisões de Tribunais Estaduais que limitam os descontos, quer em conta corrente, quer em folha de pagamento, para o caso dos chamados empréstimos consignados, a 30% dos rendimentos dos mutuários, mesmo quando os contratos celebrados entre as partes autorizam descontos em percentuais diferentes.

A pesquisa exploratória indicou também que as decisões fazem referência a expressões avaliatórias, principalmente dignidade da pessoa humana e garantia de um mínimo existencial, sem, contudo, explicitar qual o significado de tais expressões. Assim, as decisões usam critérios decisórios pouco elucidativos, provocando a reação das instituições financeiras no sentido de reclamar contra a falta de clareza e racionalidade para a derrogação do ajuste de vontades estabelecido em contrato, em franco desatendimento ao princípio da *pacta sunt servanda*.

O recorte institucional, limitando as pesquisas ao Superior Tribunal de Justiça, se deu em razão da relevância de suas decisões no cenário nacional, influenciando os julgamentos de todos os Tribunais inferiores e juízos de primeiro grau. Muito embora as decisões do STJ não sejam vinculantes e não tenha sido localizado nenhum recurso repetitivo<sup>14</sup>, é evidente o peso das decisões deste Tribunal, que tem a atribuição constitucional de uniformizar a interpretação de lei federal, pacificando a jurisprudência em matéria infraconstitucional.

Quanto à pertinência temática da pesquisa, verifica-se que as decisões do STJ são o *locus* privilegiado de apuração de critérios

---

<sup>14</sup> O Código de Processo Civil estabelece, no art. 543-C, que quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos de controvérsia, os quais serão encaminhados ao STJ, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo daquele tribunal superior (BRASIL, 1973).

de decidibilidade das sentenças jurídicas e de questões atinentes à justificação dos argumentos decisórios valorativos, temas tão caros à teoria da argumentação, conforme explicitado na primeira parte do texto. Além disso, a repercussão do caso é grande tanto nos tribunais como na doutrina, com um aumento crescente no número de processos envolvendo o sistema de concessão e tomada de crédito, sendo esse tema o maior responsável pelo incremento das demandas judiciais de massa no Brasil.

Foram pesquisadas 146 decisões monocráticas de 13 relatores diferentes, integrantes da primeira e segunda seções do Tribunal, incluindo alguns desembargadores convocados temporariamente. As decisões pesquisadas limitam-se a um lapso temporal que compreende de 2008 a 2013<sup>15</sup>, sendo que o relator com maior número de decisões é o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que, além das 52 decisões localizadas, foi citado em inúmeras outras decisões como parâmetro.

Quanto à tipologia dos feitos, os principais debates aconteceram em agravos de instrumentos e agravos regimentais contra decisões que indeferiram a subida dos recursos especiais (aproximadamente 2/3 das decisões apreciadas), recursos especiais e embargos de declaração e, por fim, medidas cautelares, estas pouco elucidativas acerca do tema, pois receberam, à exceção das MC 16 809 e MC 16095, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, soluções

---

<sup>15</sup> O Código Civil somente entrou em vigor em 2003 e notabilizou-se por conter em seu bojo muitas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, permitindo uma aplicação maior dos princípios constitucionais nas relações privadas. Com isso, evidenciou-se a utilização de expressões avaliatórias como parâmetro das decisões, sendo que os casos mais interessantes foram julgados a partir do período delimitado, lapso este que se justifica pelo período demandado entre o julgamento do processo em primeira instância e a chegada dos processos ao STJ em grau de recurso especial. Daí a limitação da pesquisa retroativa ao período de cinco anos (BRASIL, 2002).



estritamente processuais, sem adentrar no mérito do debate.<sup>16</sup>

Dos argumentos utilizados pelas instituições financeiras, os mais relevantes dizem respeito ao fato de que os descontos, quer em conta corrente, quer em folha de pagamento, foram autorizados nos contratos, de forma livre e consciente pelos devedores, no pleno exercício da força jurídica da vontade privada. Assim, a limitação dos percentuais de desconto afrontaria o princípio da força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda*.

Outro argumento bastante utilizado é o de que os descontos em conta corrente ou em folha de pagamento não são ilegais nem nulos, pois representam um elemento de garantia que diminui os riscos de inadimplemento do contrato, reduzindo, por via de consequência, os juros a serem aplicados na remuneração do capital mutuado.

Já os argumentos mais utilizados pelos devedores podem ser classificados em três tipos: a) o desconto do salário, quer em conta corrente, quer em folha de pagamento, representa penhora de remuneração, contrariando a regra insculpida no art. 649 do CPC; b) os contratos são firmados em cenário de superendividamento; c) os descontos devem ser limitados em nome da proteção da dignidade do devedor e preservação de um mínimo existencial.

Outro aspecto que merece registro é o grande número de demandas originárias do

---

<sup>16</sup> Exemplo é a decisão na MC 15874, na qual o Relator Ministro Fernando Gonçalves negou seguimento à cautelar, ao argumento de que a mesma tinha caráter totalmente satisfativo, pretendendo a medida “não assegurar eficácia útil do processo principal, mas o próprio mérito, ou seja, a imediata redução dos descontos em folha, a patamar de 30% do ganho líquido”. O argumento central do pedido na medida cautelar analisada, segundo relatório da própria decisão, “diz que, não obstante ter firmado empréstimos e autorizado os descontos, a espécie trata do chamado ‘superendividamento’, termo que vem sendo empregado pela doutrina para justificar a redução de descontos em folha, em nome da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2009a).

Rio Grande do Sul. A causa está na legislação estadual, especialmente o Decreto Estadual nº 43.337/2004, que disciplina a questão envolvendo os descontos operados sobre o contracheque dos servidores públicos, com redação dada pelo art. 3º do Decreto nº 43.574/2005, limitando os descontos das consignações facultativas e obrigatórias nos vencimentos dos servidores a 70% de sua remuneração mensal bruta. Ocorre que esse percentual contraria o entendimento do STJ acerca da possibilidade de limitação dos descontos a 30% dos vencimentos brutos do servidor, de acordo com a legislação federal que regula a matéria, Lei nº 10.820/03.<sup>17</sup>

Sobre o tema, vale consignar a decisão da Ministra Nancy Andrichi, no Ag. 1.273.217-RS, na qual utilizou como razão para decidir os argumentos lançados pelo Tribunal *a quo* para limitação dos descontos ao patamar de 30% e não 70%, os quais não foram especificamente impugnados no recurso manejado pelo banco agravante. Segundo a relatora, o Tribunal de origem não vedou o desconto em folha de pagamento, mas apenas o limitou a 30% dos rendimentos da agravada, conforme trechos do acórdão recorrido: “embora a manutenção da dignidade em si mesma não seja quantificável, dependendo de inúmeras variáveis, o patamar aceitável de disponibilidade do salário para pagamento de parcelas contratuais deve ser aquele previsto na Lei nº 10.820/03, ou seja, 30% dos rendimentos subtraídos os descontos obrigatórios” (BRASIL, 2010a).

Verifica-se assim que, em que pese o acórdão não ter determinado o exato significado da expressão dignidade da pessoa humana, prestigiou-se a regra legislada como premissa da decisão, mitigando seu déficit argumentativo. Isso porque a relatora não utilizou uma expres-

---

<sup>17</sup> Do total das 146 decisões pesquisadas, 56 são oriundas do Rio Grande do Sul.

são avaliatória, no caso a *dignidade da pessoa humana*, como premissa maior da decisão, e sim os fatos, emoldurados pelo parâmetro da regra legislada, qual seja a limitação de descontos a 30% dos vencimentos do devedor. Além disso, deixou claro que o “patamar aceitável de disponibilidade do salário” para pagamento de parcelas contratuais é o limite de 30% dos vencimentos (BRASIL, 2010a).

Mesmo com o entendimento que vem se consolidando no STJ acerca da possibilidade de limitação dos descontos ao patamar de 30% dos vencimentos do devedor, a tese do superendividamento não é pacífica nos tribunais estaduais. Como exemplo, vale registrar voto do Tribunal do Rio de Janeiro, transcrito em parte pelo relator do Agravo regimental no Recurso Especial nº 1117021, Min. Ricardo Villas Boas Cueva, conforme se verifica pelo trecho a seguir transcrito:

“de início, registre-se que o Tribunal de origem motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese, como se depreende do seguinte excerto: ‘o presente recurso merece ser provido. Com efeito, controvérsias como a presente têm sido reiteradamente trazidas ao conhecimento do judiciário. O que se verifica é que as pessoas, levadas por inúmeras razões, contratam vários mútuos junto a casas bancárias, e depois, impossibilitadas de arcar com o valor das parcelas, promovem estas ações para compelir o banco-credor a receber seus créditos segundo as possibilidades do devedor. Com todas as vênias, inobstante lamentar-se a situação pessoal do agravado, não se pode amparar a pretensão. Entendemos que assiste razão ao agravante, em suas razões recursais e nos precedentes mencionados, cujos fundamentos adoto integralmente na forma regimental’ (fl. 90)” (BRASIL, 2013).

Registre-se que o agravo foi provido para restaurar a decisão de primeiro grau que determinou a limitação dos descontos em folha a 30% dos vencimentos do agravante/devedor. Verifica-se, entretanto, que o argumento acolhido não foi o da proteção da dignidade da pessoa humana ou do superendividamento, mas o entendimento pacificado do Tribunal no sentido de que os descontos em folha de pagamento ou conta corrente devem ser limitados a 30%.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Como decidiu o Ministro João Otávio de Noronha, no Ag. 133336 publicado em 5/11/ 2010, “O acordão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte [...] tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos e o princípio da razoabilidade, limitam-se os descontos em 30%, o que assegura tanto o adimplemento das dívidas como o sustento de sua família. Neste mesmo sentido: RMS nº 21.380/MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ 15/10/2007; REsp nº 553.854/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 12/09/2005; REsp 313.512/DF, rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 3/9/2001; REsp nº 197.907/DF, rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, DJ de 5/4/99.” Confiram-se ainda o REsp 1.186.965/RS, relator Ministro Massami Uyeda, DJe 3/2/2011; o AgRg no REsp 959.612/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 3/5/2010; REsp 1.169.3 de 34/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 29/9/11; REsp 925.633, rel. Min. Paulo

Em todos os acórdãos pesquisados, verificou-se que não há, entre os relatores e na jurisprudência, uma preocupação de estabelecer uma construção pretoriana do conceito de superendividamento. Nos relatores com maior número de decisões e mais citados pelos colegas, percebe-se que buscam na doutrina os contornos dogmáticos de superendividamento e, mesmo assim, não fica exatamente claro o que é um devedor superendividado, se e quando um contrato pode ser revisto com base no superendividamento do devedor e em que parâmetros pode se dar a revisão pretendida.

Na decisão da MC 16095, o Ministro relator João Otávio de Noronha, ao analisar a presença dos requisitos para concessão da liminar requerida, esclareceu que a requerente afirmou “que fez empréstimos consignados e que os descontos em sua folha de pagamento são de tal monta a ferir-lhe a dignidade como pessoa humana e, na busca de eximir-se da responsabilidade pelos empréstimos que contraiu, trouxe à baila a questão do superendividamento”. Afirmou o decisor que o superendividamento é um fenômeno social novo, “grave e envolve outras questões complexas de ordem sociológica, política, psicológica, econômica e até ética”; e buscou o conceito de superendividamento na doutrina, afirmando: “segundo Claudia Lima Marques, trata-se de impossibilidade do devedor, pessoa física, leigo, de boa-fé, pagar suas dívidas de consumo. Tal impossibilidade pode decorrer da mera acumulação inconsiderada de dívidas ou de algum imprevisto, tal como o desemprego” (BRASIL, 2009b).

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi quem mais se deteve sobre a questão do superendividamento, e isso deve explicar o porquê de suas decisões e acórdãos estarem entre os mais citados como fundamento dos demais relatores. Sobre a limitação dos descontos em 30% da remuneração recebida pelo devedor nos contratos de mútuo, assim se pronunciou:

“a questão devolvida ao conhecimento desta instância especial deve ser abordada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, relacionando-se com o fenômeno do superendividamento, que tem sido uma preocupação atual do Direito do Consumidor em todo o mundo, decorrente da imensa facilidade do crédito nos dias de hoje. Claudia Lima Marques, em seu *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* (São Paulo: Ed. RT, 2002, pp. 590-591), ao tecer considerações acerca da oferta em massa de produtos e serviços diante da hipossuficiência do consumidor, refere: ‘uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda, em suma, uma vontade racional. Não há como negar que o consumo massificado de hoje, pós-industrial, está ligado faticamente a uma série

---

de Tarso Sanseverino, DJ de 30/3/2011; AgRg no AREsp 264.683, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje de 24/9/2013, entre muitos outros precedentes.

de perigos para o consumidor, vale lembrar os fenômenos atuais de superendividamento, de práticas comerciais abusivas, de abusos contratuais, da existência de monopólios naturais dos serviços públicos concedidos ou privatizados, de falhas na concorrência, no mercado, na informação e na liberdade material do contratante mais fraco na elaboração dos contratos. Apesar de todos esses perigos e dificuldades, o novo direito contratual visa concretizar a função social dos contratos, impondo parâmetros de transparência e boa-fé” (BRASIL, 2012a).

Apesar da longa transcrição doutrinária presente no voto sobre a necessidade de proteção do contratante consumidor e apesar de afirmar que a questão deve ser analisada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e relacionada com o fenômeno do superendividamento, o fato é que a decisão transcrita, assim como as demais 51 proferidas pelo mencionado relator, não explicitam qual o sentido das expressões “dignidade da pessoa humana” e “superendividamento”.

Há um *déficit* de argumentação nas decisões, na medida em que aos termos avaliatórios indicados não são agregados elementos descritivos capazes de possibilitar um controle da racionalidade das mesmas. Aliás, os mesmos argumentos utilizados para a limitação dos descontos a 30% dos vencimentos do devedor, modificando as cláusulas contratuais de forma de pagamento, poderiam ser utilizados para justificar a manutenção do ajuste na forma contratada, bastando que para tanto o decisor simplesmente negasse a existência de afronta à dignidade da pessoa humana ou a inexistência de superendividamento. O esforço argumentativo seria o mesmo já que em ambos os casos não existem elementos descritivos nas premissas da decisão, abrindo flanco para um decisionismo. Essa prática impõe o reconhecimento de que a crítica ao relativismo das sentenças jurídicas valorativas feita pelo positivismo lógico tem procedência.

Não é possível, de igual forma, afirmar-se que os parâmetros de julgamento de valor utilizados serão aplicados nos mesmos termos a todos os casos semelhantes, atendendo à formulação do princípio da universalizabilidade de Hare, visto na primeira parte do texto. A universalizabilidade dos juízos valorativos é condição prévia e lógica da comunicação em geral e do discurso jurídico em particular.

Na tentativa de dar conta da tarefa de fundamentar adequadamente a decisão em prol do devedor, o Ministro Sanseverino alega que, à falta de um critério legislativo, a solução tem sido buscada pela via judicial, sendo função do poder público fiscalizar os contratos de empréstimo “para evitar que abusos possam ser praticados pelas instituições financeiras interessadas, especialmente no caso de crédito consignado”. Assim, alega que a autonomia da vontade não é absoluta, sendo limitada pela função social do contrato e pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre a função social do contrato, não há uma única palavra para definir seu significado e alcance, como se se tratasse de uma expressão autoevidente. Já sobre a dignidade da pessoa humana, o relator se vale mais uma vez da doutrina, ao declarar que, segundo Antonio Augusto Cançado Trindade, “afirmar a dignidade da pessoa humana é lutar contra todas as formas de dominação, exclusão e opressão, em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade” (BRASIL, 2012a). Da leitura do texto transcrito fica claro que não há uma definição do significado e da extensão da expressão dignidade da pessoa humana. Com efeito, não é possível aferir-se o que seria digno e o que não seria nas circunstâncias do caso concreto.<sup>19</sup>

Por fim, o relator arremata, afirmando que, “se os descontos consumirem parte excessiva dos vencimentos do consumidor, colocarão em risco a sua subsistência e de sua família, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, deve-se estabelecer um limite máximo para esses descontos, que não pode exceder o percentual de 30% dos vencimentos do devedor, independentemente de já terem sido autorizados”.<sup>20</sup> De igual modo, o que significa

<sup>19</sup> Para ilustrar a alegação de falta de fundamentação da decisão do STJ no que tange ao significado e alcance da expressão dignidade da pessoa humana, vale transcrever parte do acórdão do TJRS, contra o qual se interpôs recurso especial de nº 1.329.624/RS, este de relatoria do Ministro Marco Buzzi: “PRINCÍPIO DA DIGNIDADE: sequer convence o argumento de respeito ao princípio constitucional da dignidade humana, porquanto também é ser digno quitar as obrigações assumidas depois de obter valores do mútuo com a instituição financeira” (BRASIL, 2012b).

<sup>20</sup> Todos os trechos mencionados foram extraídos do REsp 1.217.832, publicado em 9/5/2012. Mas os trechos são idênticos nos REsp 1211273-RS, 1217832-RS, 1210275-SP, 1211273-RS, 1210275-SP, 1206956-RS, 1218450-RS, 1191584-RS, 1224158-RS, 1244769-RS, 1230748-RS, 1280806-SP, 1250460-RS, 1301972-RS, entre outros. E nos AGRG no REsp 1321368- SP, 130519-RS, 262976-RS, 266271-RS, 269116-RS, nos AREsp 102204, 277283 e Ag 1216568.

“parte excessiva” dos vencimentos do consumidor não foi determinado pelo relator.

Grande parte dos pedidos de limitação dos descontos de pagamento a 30% dos vencimentos do devedor tem por base a alegação de superendividamento do devedor. Como foi visto, não há, na jurisprudência do STJ, uma definição do que seja superendividamento<sup>21</sup>, conceito que está sendo construído doutrinariamente. Ocorre que, segundo a doutrina, um dos parâmetros para a caracterização do superendividamento é a boa-fé do consumidor.

Mas a grande maioria das decisões pesquisadas sequer tangenciou a discussão acerca da boa-fé ou não do devedor, simplesmente limitando os descontos para atender aos reclamos da manutenção de um mínimo existencial do devedor. Exceções são as Medidas Cautelares 16095 e 16809 de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha.

Na MC 16095, o relator afirmou que o conceito de boa-fé deve ser melhor avaliado, “pois não se pode tratar como incapaz uma pessoa plenamente capaz que, por livre manifestação de vontade, toma tal volume de dinheiro emprestado, cujo pagamento venha a comprometer sua qualidade de vida”. Na análise do pedido, o relator registrou que a requerente não contextualizou a sua situação de superendividamento, afirmando simplesmente que comprometeu seus vencimentos com empréstimos consignados excedendo-se daquilo que considera razoável e contra credores que elegeu, uma vez

<sup>21</sup> A doutrina brasileira, com base na legislação francesa, define o devedor superendividado como sendo aquele que, de boa-fé, se encontra impossibilitado de adimplir ao conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e não pagas, lembrando Claudia Lima Marques que ficam excluídas as dívidas com o fisco, as dívidas oriundas de delitos e de alimentos. Para atender um *déficit* de regulamentação legislativa do tema, foi instituída, em 2010, no Senado Federal uma comissão encarregada de elaborar anteprojeto de reforma do CDC, presidida pelo Ministro Herman Benjamin do STJ (SAMPAIO, 2014).

que não propôs a ação indistintamente direcionada a todos os credores, mas somente a alguns.

Em sua decisão, considerou que, na hipótese, apesar de a requerente ser maior e capaz,

“contraíu empréstimos por livre manifestação de sua vontade. Não trouxe aos autos nenhum elemento que dissesse o contrário; em relação aos credores que elegeru nesta ação, o acordão esclareceu que os descontos correspondem ao limite da margem consignável, correspondendo a R\$ 3.564,69, de uma renda de R\$ 5.763,26; a concessão da liminar traria ao órgão pagador uma questão sem solução para ele, pois iria limitar quanto em relação a quem? Também esta Corte não pode definir isso ante a falta de quaisquer elementos acerca das dívidas em questão. [...] Ademais, por mais sedutor que o crédito ao consumidor possa parecer (e não se pode descurar que são apresentados ao público consumidor de forma leviana), isso não pode servir como justificativa para tratar aqueles que de tais créditos se utilizam como se fossem pessoas incapazes civilmente, transformando o Poder Judiciário num gestor de finanças particulares” (BRASIL, 2009b).

Na decisão da MC 16809, o Ministro foi além, pois, mesmo com a retenção de 100% dos vencimentos da requerente na conta corrente para pagamento dos débitos contraídos, entendeu não haver motivos para a limitação do valor dos descontos na medida em que o requerente afirmou que seus proventos de aposentadoria somavam três mil reais e que já possuía um empréstimo consignado cujo desconto é de R\$ 1.186,01. Mesmo com o comprometimento de quase metade de seus proventos, fez diversos financiamentos outros, incluindo a utilização do limite de cheque especial no valor de R\$ 9.600,00, financiamento de um veículo, com parcelas de R\$ 650,00, além da utilização de outras formas de crédito.

Nos argumentos decisórios, o Ministro considerou que o requerente comprometeu sua renda e sua qualidade de vida na livre disposição de sua vontade, o mesmo acontecendo em relação a sua esposa, de quem foi avalista, na condição de maior e capaz, contraindo os empréstimos por livre manifestação de sua vontade, sem trazer aos autos qualquer elemento que dissesse o contrário, e também autorizou os descontos mensais em conta-corrente. Considerou ainda que “não se pode olvidar do princípio da *pacta sunt servanda*, porque o prolongamento das dívidas pressupõe revisão dos encargos cobrados” e extinguiu assim o processo sem julgamento de mérito (BRASIL, 2010b).

Da síntese dos argumentos trazidos nas medidas cautelares, é possível concluir que o Ministro Otávio de Noronha tentou empreender um esforço argumentativo de qualificar as alegações, incluindo dados e fatos de cada caso concreto. Os argumentos decisórios foram estabelecidos em

termos descritivos, e não avaliatórios, mesmo em relação à questão da boa-fé do devedor superendividado.<sup>22</sup>

Destaque-se que os relatores, Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e João Otávio de Noronha, polarizam posições antagônicas em relação à questão dos contratos bancários não por acaso, pois o primeiro possui um perfil consumerista, ao passo que o segundo, em razão de sua trajetória profissional, tende a apresentar uma postura mais aberta aos argumentos apresentados pelas instituições financeiras.<sup>23</sup>

As decisões em prol dos consumidores têm mais aceitação entre os ministros e são em maior número, indicando que há uma ideia generalizada entre os magistrados de que o simples fato de fazer alusão a um termo avaliatório, por si só, já é suficiente para cumprir o ônus argumentativo da decisão. Mas, quando as decisões judiciais são imprecisas em relação aos seus fundamentos, o controle de sua racionalidade fica prejudicado, podendo desbordar para o arbítrio, o que, repita-se à exaustão, não comparez com o senso de justiça que dá sentido ao direito.

Até aqui se analisou a estrutura lógica das decisões com o intuito de detectar as expressões que as embasam, como um teste de aceitabilidade de suas consequências lógicas e da possibilidade de universabilidade dos argumentos. Algumas contradições foram verificadas, como apontado acima. Mas a universalizabilidade, como consectário do princípio lógico da não contradição, demanda ainda a verificação da extensão das conclusões a todos os casos semelhantes postos à apreciação. Este o objeto do próximo tópico: verificar a aplicação dos critérios decisórios a casos semelhantes.

## **2.2. Avaliação da aplicação dos critérios jurisprudenciais a casos semelhantes**

A tese vencedora no Tribunal acerca da possibilidade de limitação dos descontos para pagamento de contratos de mútuo bancário apresenta uma questão interessante: de um lado, em nome da força jurígena

---

<sup>22</sup> É de se registrar que no direito francês a boa-fé do devedor superendividado é presumida e não é afastada pelo comportamento posterior do devedor de continuar contraindo empréstimos mesmo depois de exaurida sua capacidade de pagamento. Esse foi exatamente o argumento do Ministro Noronha para negar a limitação dos descontos, mas uma análise mais acurada acerca da questão substantiva do superendividamento não cabe nos limites propostos no presente estudo. Aqui interessa tão somente a avaliação das expressões usadas como fundamento da decisão.

<sup>23</sup> Segundo dados curriculares obtidos na página do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino é doutor em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e publicou o livro *Responsabilidade civil no CDC e a defesa do fornecedor* pela editora Saraiva, em 2002 (1ª edição). Já o Ministro João Otávio de Noronha foi do Banco do Brasil durante muito tempo, exercendo vários cargos de advogado do banco até diretor jurídico. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>.



da vontade e do princípio do consensualismo contratual, reconheceu como lícitos os descontos em conta-corrente, mesmo que o crédito na conta seja relativo aos vencimentos do devedor, assim como reconheceu como válida a cláusula contratual que autoriza o desconto em folha de pagamento de prestação dos contratos de empréstimo, a despeito da regra prevista no art. 649 do CPC. De outro lado, entretanto, determina a limitação dos descontos a 30% dos vencimentos do devedor, em razão do disposto no art. 2º, §2º, I, da Lei 10.820/03 e no art. 45 da Lei 8.112/90.

O Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp 1.169.334/RS, assim resumiu a questão: “por um lado, a norma federal possibilita ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao agente financeiro. Por outro lado, por meio de salutar dirigismo contratual, impõe limitações aos negócios jurídicos firmados entre os particulares, prevendo, na relação privada, o respeito à dignidade da pessoa humana, pois impõe, com razoabilidade, limitação dos descontos que incidirão sobre a verba alimentar, sem menosprezar a autonomia da vontade” (BRASIL, 2011).

O aspecto mais importante da discussão diz respeito ao reconhecimento uníssono do STJ em relação à licitude da cláusula contratual que autoriza os descontos diretamente em folha de pagamento e a ausência de afronta à regra inserida no art. 649, IV, do CPC.<sup>24</sup> Quanto à licitude da cláusula contratual autorizadora dos descon-

---

<sup>24</sup> Art. 649 – São absolutamente impenhoráveis: [...] IV – os vencimentos, soldos, subsídios, salários, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiros e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o art. §3º desse artigo. É de registrar que o disposto no §3º a que alude o dispositivo transcrito foi vetado e autorizava a penhora de até 40% dos vencimentos percebidos mensalmente acima de 20 salários mínimos (BRASIL, 1973).

tos, a segunda seção pacificou o entendimento segundo o qual o tomador do empréstimo se beneficia das condições mais vantajosas com juros mais baixos e prazos mais longos com a garantia de desconto direto em folha.<sup>25</sup>

Confirma-se a decisão do REsp 1.329.624, na qual o Ministro Marco Buzzi discorreu sobre a licitude da cláusula contratual de desconto, aqui escolhido por sintetizar o entendimento pacificado do Tribunal sobre o tema e baseado em precedentes da 2ª seção proferidos em mais de uma oportunidade:

“com efeito, nos contratos de mútuo celebrados com cláusula de desconto em folha de pagamento, o tomador do empréstimo se beneficia de condições vantajosas, como juros reduzidos e prazos mais longos, motivo pelo qual é válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que a essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário” (BRASIL, 2012b).

Ocorre que, de acordo com as regras inseridas no CPC, a impenhorabilidade dos vencimentos só encontra exceção no texto legal nas hipóteses de cobranças do crédito concedido para aquisição do próprio bem ou na hipótese de pagamento de prestação alimentícia (§§ 1º e 2º do citado artigo).

É fato que a Lei 10.820/03, em seu art. 2º, § 2º, I, autoriza a efetivação de descontos em folha de pagamento, até o limite de 30% da remuneração disponível do tomador, para empregados regidos pela CLT. Já a Lei 8.112/90, em seu art. 45, autoriza a consignação em folha de

---

<sup>25</sup> Confirma-se no EResp 596.972/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, DJe de 22/10/2009 e EREsp 573.145/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, DJe de 11/10/2007.

pagamento, mas sem estipular um percentual máximo para tanto.<sup>26</sup>

Entretanto, a questão não é tão simples como parece. Se as regras de interpretação acima apontadas fossem o fundamento suficiente da decisão acerca da limitação dos descontos a 30% dos vencimentos dos devedores, forçoso seria reconhecer que o próprio ordenamento jurídico estabelece parâmetros limitadores à força criadora de obrigações da vontade privada na seara dos direitos patrimoniais.

Essa discussão não aparece nas decisões consultadas, e os critérios argumentativos nelas detectados não são claros. As decisões impõem limites à força jurígena da vontade privada com base na proteção de uma “dignidade da pessoa humana”, sem que seja esclarecido o que isso significa, agregando o argumento das regras interpretativas transcritas, criando espécies de “decisões salomônicas”.

Não obstante tais inconsistências argumentativas, o STJ, de forma uníssona, aplica a limitação dos descontos voluntários em conta-corrente e em folha de pagamento a 30% dos vencimentos do devedor, criando uma nova regra judicial que determina que “a vontade

privada pode determinar contratualmente os descontos para pagamento de contratos de mútuo bancário, desde que o limite dos descontos não ultrapasse a 30% dos vencimentos do mutuário”, independentemente do que digam as instituições financeiras.

## Considerações finais

Um dos maiores problemas da teoria da argumentação é justificar as sentenças jurídicas, ou melhor, estabelecer quando as sentenças jurídicas são consideradas justificadas. Para que os critérios de escolha de juízos morais não desbordem para escolhas subjetivas, discricionárias e relativas do magistrado, impõe-se a adoção de alguns critérios para a elucidação das escolhas realizadas no momento decisório.

Um dos critérios hábeis ao controle da racionalidade de decisões baseadas em escolhas valorativas é a possibilidade de universalidade dos juízos morais, em observância ao princípio lógico da não contradição. Assim, um julgador ou grupo de julgadores não pode extrair conclusões diferentes de situações semelhantes de forma aleatória, sob pena de comprometer a coerência que se espera do discurso normativo.

O direito não se compraz com o arbítrio; assim, a universalizabilidade cria também previsibilidade das decisões judiciais, na medida em que o magistrado, ao julgar, tem a obrigação de explicitar os parâmetros descritivos para utilização de palavras avaliatórias, atraindo um ônus argumentativo decorrente da necessidade de coerência e transparência das decisões, bem como do controle de sua racionalidade, mesmo em se tratando de juízos morais. Se o magistrado não realiza exaustivamente a tarefa de justificar as circunstâncias fáticas envolvidas na decisão, ocorre um *déficit* de fundamentação que compromete o controle de sua racionalidade.

<sup>26</sup> A despeito de não haver um percentual limite para os descontos em folha de pagamento dos servidores públicos, o entendimento é que deve ser aplicado analogicamente o percentual estabelecido para os celetistas de 30% da remuneração. Assim, a questão acerca da antinomia entre a impenhorabilidade dos vencimentos e a licitude de cláusulas contratuais de desconto em folha de pagamento pode ser resolvida a partir dos critérios interpretativos inseridos nos artigos 2º, § 1º, e 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo os quais “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”, e “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” Como o CPC é de 1973 e as leis que autorizam a consignação são posteriores, não há dificuldade na aplicação da regra acima transcrita, assim como não há dificuldade em se aplicar analogicamente o limite dos empregados aos servidores públicos, mas então estes seriam os fundamentos suficientes da limitação dos descontos a 30% dos vencimentos do devedor, e não a dignidade da pessoa humana ou a preservação do mínimo existencial do devedor (BRASIL, 1942).

Dentro da tarefa proposta de avaliar os principais argumentos utilizados pela jurisprudência do STJ na alteração dos contratos de empréstimo consignado, no que tange à forma contratada de pagamento e à limitação dos descontos em conta-corrente ou em folha de pagamento a 30% dos vencimentos do devedor, e se tais argumentos atendem aos critérios de transparência e coerência, se são elaborados em termos descritivos ou avaliatórios e se são universalizáveis, a conclusão é que há um *déficit* de argumentação nas decisões avaliadas, na medida em que aos termos avaliatórios indicados não são agregados elementos descritivos capazes de possibilitar um controle da racionalidade dessas decisões.

Essa realidade é particularmente preocupante se considerarmos que o papel constitucional do STJ é pacificar a jurisprudência nacional, dirimindo conflitos de interpretação de leis infraconstitucionais. Assim, a pergunta que fica para as próximas reflexões sobre o tema é: como dar cabo dessa tarefa se, conforme demonstrou a pesquisa, os Ministros relatores não dão conta do ônus argumentativo imposto pela coerência do discurso jurídico?

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 1942.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 15.874/RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. DJ, 6 nov. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 11 nov. 2009a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 16.095. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ, 13 nov. 2009. *Diário da Justiça*, 4 dez. 2009b.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental n. 1.273.217. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ, 19 abr. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 27 abr. 2010a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 16.809. Relator: João Otávio de Noronha. DJ, 18 maio 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, 21 maio 2010b.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.116.334/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ, 23 ago. 2011. *Diário da Justiça* 29 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.217.832. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sansverino. DJ, 2 maio 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 maio 2012a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.329.624 /RS (2012/01255-7). Relator: Ministro Marco Buzzi. DJ, 17 ago. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 ago. 2012b.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 117021/RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuvea. DJ, 29 maio 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 5 jun. 2013.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O movimento de superação do positivismo jurídico na aplicação dos direitos fundamentais. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves Pereira (Org.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Objetividade e verdade: melhor você acreditar*. Tradução de Roberto Freitas Filho e Ana Claudia Lago Costa. *Universitas Jus*, v. 24, n. 3, 2013. Disponível: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/2613>>. Acesso em: 21 out. 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 354.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. O discurso Jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Belo Horizonte, ano 7, n. 9, dez. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/FernandoGalvao.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, p. 41-65, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.

\_\_\_\_\_. Metodologia de análise das decisões. *Revista Univ. Jus*, n. 21 jul./dez. 2010.

HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mario Mascherp e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A garantia dos direitos de personalidade, a proteção do devedor superendividado no Brasil e a proposta de alteração do CDC. In: ANDRIGHI, Fátima. *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro: aspectos polêmicos*. São Paulo: Atlas, 2014.

# A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente

RICARDO QUARTIM DE MORAES

## Súário

1. Considerações iniciais. 2. O Estado Liberal. 2.1. Da relação entre Direito e Economia no Estado Liberal. 3. O Estado Social. 3.1. Do Direito no Estado Social. 4. O Estado Democrático de Direito. 4.1. Constituição, Política e transformação social. 4.2. O que a Constituição Dirigente não é.

## 1. Considerações iniciais

Desde o fim do século XIX, Direito, Política e Constituição e sua inter-relação são temas centrais nos debates entre juristas a respeito das funções e escopo do Direito Constitucional, da natureza do Direito Público e das funções dos representantes do povo, mormente a partir da famosa controvérsia a respeito dos métodos do Direito Público na época de Weimar.

Mesmo assim, muitos desses debates parecem reaparecer de tempos em tempos como novidades sem passado. Estado mínimo, liberalismo, as funções e tarefas do Estado na ordem social e o papel do setor econômico privado na consecução do bem comum são alguns poucos exemplos mais recorrentes.

Todo regime político, com sua respectiva ordem constitucional, fornecerá uma resposta própria a cada uma dessas questões, de acordo com as possibilidades do momento histórico. O fato de as especificidades do modelo constitucional atual receberem uma atenção maior do que as experiências anteriores é natural. Sem embargo, as lições do passado têm muito a contribuir com o presente e com a construção do futuro, princi-

Ricardo Quartim de Moraes, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), é procurador Federal em São Paulo/SP.

palmente se levarmos em conta que nossa atual Constituição Federal não se limita a prever garantias ou a desenhar as principais instituições estatais.

O futuro – as metas do Estado e da sociedade – são parte fundamental de nossa Constituição, como demonstra seu artigo 3º. A marca do constitucionalismo do final do século XX é a *esperança*. E a esperança, por sua própria natureza, é algo que se projeta para o futuro.

O anseio de mudança se faz sentir quanto maiores forem as injustiças do presente e do passado. O atual Estado Democrático de Direito é o resultado de anseios passados, da esperança daqueles que nos precederam. Ele foi formado a partir das tentativas de enfrentar as arbitrariedades e desigualdades dos modelos pretéritos de Estado e de dominação/legitimação política.

Desse modo, compreender adequadamente o sistema estatal e constitucional vigente exige o estudo dos sucessos e falhas dos sistemas precedentes. Todavia, a ciência do Direito Constitucional é em parte infensa a uma análise que enquadre seu objeto de estudo como parte da história.

A Constituição e a ordem jurídica por ela criada em certo momento são inegavelmente parte da história. Por isso, para bem compreender uma Constituição ou um modelo constitucional, é preciso conhecer aqueles que o precederam. A inferência natural de uma assertiva tão óbvia é que, *na perspectiva histórica, Constituições são mutáveis*, como a própria essência da história (ZAGREBELSKY, 2011, p. 28).

Mas a pretensão à imutabilidade de toda ordem constitucional não pode admitir em seu seio a promessa histórica de mutabilidade. A noção de um poder constituinte originário que rompe com o passado e fixa os alicerces políticos da Nação para todo o sempre é inconciliável com a inserção da Constituição vigente nos movimentos da história (ZAGREBELSKY, 2011, p. 36). A ciência do Direito Constitucional tende a ratificar tal pretensão à imutabilidade dando pouca atenção à evolução histórica de seu objeto de estudo.

As aspirações de eternidade de um Estado ou Constituição não devem servir como fundamento para que a ciência do Direito abra mão de um cabedal tão rico como a análise da evolução histórica de seu objeto de estudo. A função crítica da ciência do Direito é tão ou mais importante do que sua função descritiva.

Com base nessa premissa, propomo-nos a analisar o atual Estado Democrático de Direito sob o viés de sua formação a partir do movimento histórico iniciado com o Estado Liberal que surgiu no século XVIII, passando pelo Estado Social e as aspirações democráticas do fim século XIX e início do século XX. Em seguida, passaremos ao estudo do Estado Democrático de Direito brasileiro como conformado pela Constituição Federal de 1988.

## 2. O Estado Liberal

O termo “liberalismo” padece de um alto grau de polissemia, pois sua formação e maturação como doutrina econômica e ideologia social se desenvolveu ao longo dos séculos XVII a XX. Esse período de alta ebulição social, política e econômica assistiu ao surgimento do Estado Nação, à ascensão da burguesia, ao surgimento e predominância do mercado como principal instituição política e econômica e à progressiva internacionalização da economia e do comércio (POLANYI, 1957, p. 163).

Em diferentes locais do globo, a doutrina liberal deparou-se com problemas estruturais diferentes, cuja solução influenciou cada forma específica de liberalismo e levou à formação de diversas formas de pensar – todas liberais, todas compartilhando a mesma essência liberal –, mas ao mesmo tempo diferentes em muitos aspectos relevantes. Assim, até hoje o termo “liberal” tem significados diferentes conforme o país em que é pronunciado<sup>1</sup> (MATTEUCI, 1983, p. 687).

Não tentaremos aqui uma explicação dos diversos significados do termo. Neste momento nos importa apenas o *liberalismo econômico* como doutrina que prega as virtudes de mercado natural autorregulado contra os males da intervenção estatal e aquilo que Matteuci (1983, p. 688) denomina *liberalismo jurídico*, cujo foco está na concepção de um Estado que garanta os direitos dos indivíduos contra o uso arbitrário do poder pelos governantes. Este último significado seria o único “denominador comum” entre concepções tão diferentes, pois

---

<sup>1</sup> Eis alguns exemplos: na Inglaterra e na Alemanha, liberalismo significa uma posição de centro, que mescla conservadorismo e solidarismo. Já nos Estados Unidos da América, liberalismo denota uma posição política que tende à esquerda, defendendo toda uma gama de liberdades civis. Por outro lado, na Itália o liberalismo serve para apontar aquele grupo de pessoas que procura manter o Estado completamente fora do domínio econômico.

o núcleo do liberalismo consistiria justamente nessa esfera de proteção dada aos indivíduos.

A Revolução Francesa é comumente associada ao início da predominância do ideário liberal e seu respectivo modelo de Estado, já que ela formatou as linhas mestras da política e da ideologia do século XIX, sendo a revolução de seu tempo (HOBSBAWN, 1979, p. 71).

É relevante o fato de que a Revolução Francesa foi levada a cabo principalmente pelas partes mais baixas do Terceiro Estado, ou seja, pelos camponeses pobres e então aliados à nascente burguesia. Não obstante, em um primeiro momento, os resultados da Revolução serviram unicamente aos burgueses, ou seja, aos comerciantes e aos proprietários de terras que viam no Estado de Polícia pré-revolucionário uma restrição completamente engessante da máxima realização de seus interesses.

Realizada a Revolução, os burgueses cuidaram para que seus efeitos se restringissem a satisfazer seus anseios, mas não fossem a ponto de realizar o tipo de justiça social almejado pelo campesinato e pelos *sans-culottes*. As promessas que a sociedade liberal lhes havia feito de segurança, legalidade e solidariedade não se concretizaram<sup>2</sup> e, já na primeira metade do século XIX, a pauperização das massas era notável (COMPARATO, 2001, p. 51).

### 2.1. Da relação entre Direito e Economia no Estado Liberal

A nova ordem inaugurada pelo Estado Liberal tem como aspecto central um mercado natural no qual a pauta de atuação de todos os participantes é a realização de seus interesses

---

<sup>2</sup> Já em 14 de junho de 1791, a Lei *Le Chapelier* proíbe a existência de sindicatos, as greves e manifestações de trabalhadores, tudo sob o declarado propósito de proteger a livre empresa e a iniciativa privada (art. 4º). As penas podiam chegar à morte.



individuais sem amarras, em substituição a um mercado artificial, prehe de restrições sobre a produção (corporações de ofício) e calcado pela insegurança gerada pelo poder incontestável do soberano (MOREIRA, 1973, p. 74).

O Direito foi posto à disposição da liberalização econômica por intermédio da criação de institutos como o negócio jurídico e o contrato e da conseqüente elevação da liberdade contratual a axioma central do ordenamento (GOMES, 2000, p. 6). A igualdade estritamente formal das partes asseguraria o equilíbrio entre os contratantes; o contrato de trabalho era regido exclusivamente pela vontade das partes, sem as limitações das corporações de ofício ou os laços feudais de mútuo auxílio e subserviência.

O mercado natural se caracteriza pela ampla abstenção do Direito (no plano ideal, pelo menos) em regular a economia. *É claro que o Direito regulava os contratos e a propriedade, mas não enquanto institutos econômicos.* A propriedade e o contrato são os institutos jurídicos básicos da nova sociedade e refletem sua ordem natural. Categorias econômicas como “empresário”, “empregado”, “concorrência” e “trabalho” são desconhecidas do Direito. As disposições do Direito Civil a respeito dos contratos valem para quaisquer ajustes, independentemente de sua natureza.

Assim, a economia é “jogada para fora do direito” (MOREIRA, 1973, p. 75), eis que as instituições jurídicas de cunho econômico não eram reconhecidas como tais. Elas integravam o âmbito do Direito Privado, eram diluídas nas relações entre os particulares.

As limitações ao poder do soberano impostas pelo modelo de Estado Liberal são um ponto fundamental de sua natureza. Tais limitações constituem o objetivo primeiro do movimento que culminou no Estado Liberal, pois a corrente ideológica que ao fim prevaleceu no seio da Revolução Francesa<sup>3</sup> objetivava a criação de um mercado autorregulado imune a interferências estatais de qualquer gênero.

Desse modo, por meio da concepção de lei “geral e abstrata” portadora de uma igualdade estritamente formal e do abstencionismo econômico, o Estado Liberal atribuiu segurança jurídica às trocas mercantis, criou um mercado de trabalho repleto de mão de obra barata (POLANYI, 1957, p. 73) e assegurou à iniciativa privada a realização de qualquer atividade potencialmente lucrativa.

Dada essa característica abstencionista, qualquer ação do Estado Liberal se baseava na seguinte premissa: só é legítima a ação estatal

---

<sup>3</sup> Referimo-nos à corrente que prevaleceu no bojo da Revolução Francesa a partir da Reação Termidoriana e da fase do Diretório (1795-1799) e que perdura durante o período bonapartista e mesmo após a Restauração Bourbon (1815).

absolutamente necessária e esse critério de necessidade somente se perfaz quando a ação estatal vise a preservar a segurança individual dos cidadãos (SANTOS, 1988, p. 19).

Levando em consideração que a Revolução Francesa, passo mais importante para a consolidação desse modelo estatal, foi idealizada e realizada em prol da burguesia, parece seguro concluir que o Estado Liberal é um Estado Burguês (MIRANDA, 1997, p. 87). Temos, portanto, na feliz expressão de Carl Schmitt (1934, p. 145), um *Estado Burguês de Direito* cuja Constituição corresponde aos ideais do individualismo da burguesia e contém em seu bojo uma escolha pela liberdade. Mas note-se: pela liberdade burguesa. Ou seja: pela liberdade contratual, pela liberdade de propriedade, de comércio e de indústria.

Dessa liberdade burguesa Carl Schmitt (1934, p. 147) aponta duas consequências básicas presentes em todas as constituições liberais. São elas: (i) o princípio da distribuição, segundo o qual a liberdade do indivíduo é um dado anterior ao Estado, e, em princípio, ilimitada (ao revés, o poder do Estado de invadir a esfera de liberdades individuais está, em princípio, limitado – direitos fundamentais de liberdade); e (ii) o princípio da organização, cuja finalidade é pôr em prática o princípio da distribuição, de modo que o poder do Estado se divida em feixes de competência atribuídos a órgãos diferentes (separação de poderes).

O Estado Burguês de Direito se caracteriza por uma ideologia de manutenção do *status quo*, de aversão à mudança. Sua finalidade é sua própria autocontenção, excetuadas apenas as hipóteses de ameaça à segurança individual. Qualquer ação política transformadora se encontra automaticamente fora desse espectro e, assim, fora do campo de legalidade.

Essa forma de Estado de Direito permite, como é intuitivo, que um sem número de ini-

quidades se perpetuem sob a égide da lei. É o domínio daquela “majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão e permite que ambos se hospedem no Ritz”, de que falou Anatole France (1906, p. 118).

Em termos abrangentes, é essa perspectiva que norteará a existência do Estado Liberal durante todo o século XIX, principalmente durante seu apogeu pós-1848, momento em que a quantidade de riquezas produzidas possibilitou algumas concessões sociais que acalmaram as massas (HOBSBAWN, 1982).

Esse período de ápice perdurará por mais meio século e só entrará em declínio a partir de 1880, juntamente com o ocaso dessa fase do capitalismo. O espírito liberal vai ser fortemente abalado pela Primeira Guerra Mundial, momento em que já começa a existir uma forte tendência ao Estado do Bem-Estar (LASKI, 1973, p. 172) e não mais será possível falar em um Estado Liberal nos moldes acima descritos.

### 3. O Estado Social

Até a Primeira Guerra Mundial, o espírito europeu foi dominado pelo liberalismo, com a exceção dos adeptos do marxismo e de outras doutrinas socialistas. As críticas ao liberalismo se centravam na percepção de que ele acabava por garantir à burguesia um domínio quase total dos bens de produção e das riquezas em geral, ao mesmo tempo em que deixava o proletariado com o mínimo necessário para uma magra subsistência (LASKI, 1973, p. 172).

O abandono do liberalismo dogmático se deve tanto a uma transformação da estrutura econômica (MOREIRA, 1973, p.81), notadamente por meio do crescimento da dimensão das empresas – que remonta ao processo de concentração do capital e ao progresso técnico – como a uma mudança na estrutura social, pois

as massas passavam a reivindicar com ardor direitos trabalhistas, previdenciários e sociais em geral (BONAVIDES, 2007, p. 186).

A mudança da estrutura econômica foi acompanhada de perto por uma mudança nos instrumentos jurídicos. Evidentemente que os antigos instrumentos jurídicos – a propriedade individual e o contrato – não mais serviam para lidar com as novas situações econômico-sociais.

Assim, a propriedade individual dos meios de produção dá lugar à sociedade por ações e a liberdade contratual é limitada, principalmente no que toca ao contrato de trabalho.

A total liberdade de contrato e de propriedade então vigente havia engendrado uma fase de capitalismo monopolista. Nesse momento, em fins do século XIX, surge nos Estados Unidos a legislação antitruste, que proíbe os acordos de domínio de mercado numa tentativa de tentar manter o modelo natural de mercado propugnado pelo liberalismo clássico. Inegável que tal legislação é um reconhecimento de que a ordem econômica do Estado Liberal não era, ao fim e ao cabo, naturalmente autorregulável.

Foi justamente essa tentativa de manter o modelo liberal que acabou por se tornar um dos principais fatores de sua superação. A admissão da necessidade de intervenção/regulação da economia pelo Estado ampliou os contornos da ordem liberal e deu margem, em um momento de ruptura, à passagem para um modelo de Estado que intervém na ordem social e econômica. A crise do modelo liberal foi engendrada dentro dele e, pior, foi uma tentativa de perpetuá-lo.

Ao mesmo tempo, o fortalecimento das organizações operárias elevou a questão dos direitos sociais à categoria de condicionante da plena participação política dos vários segmentos da sociedade (REGONINI, 1983, p. 416).

Até agora traçamos um perfil sobre a mudança do paradigma liberal para o intervencionista, mas isso não explica a passagem do Estado

Liberal Burguês para o Estado Social, e, dentro da polissemia desse termo (Estado “Social”), para o Estado do Bem-Estar Social.

Não nos escapa que anteriormente à desestruturação do modelo liberal clássico de mercado, já existiam, no século XVIII, alguns esboços de assistencialismo estatal como, por exemplo, na Áustria, na Alemanha, na Rússia, na Espanha e na Inglaterra.

As leis aprovadas na Alemanha entre 1883 e 1889 podem ser consideradas a primeira intervenção orgânica do Estado em prol do proletariado, ao instituir um seguro obrigatório contra os infortúnios do trabalho (REGONINI, 1983, p. 416). Seu objetivo era apaziguar as tensões sociais provenientes da classe trabalhadora e impedir um maior desenvolvimento dos movimentos socialistas já fortalecidos pela crise industrial (MARTINS, 2002, p. 29). Essas medidas assistencialistas, no entanto, têm mais um caráter de cooptação por parte de uma elite interessada em tirar a atenção do povo das mazelas sociais existentes do que são um novo modo de enxergar as relações entre sociedade e Estado. Muito valiosa, por sua força, é a lição de Laski (1973, p. 186):

“Pois, como tentei aqui demonstrar, os liberais das épocas anteriores à Revolução Francesa tinham apenas uma teoria negativa do Estado; para eles, por razões muito compreensíveis, era de uma tirania que procuravam escapar. Após sua vitória, viram-na como um meio para proteger-se da invasão de baixo ou como, um pouco mais tarde, uma técnica para distribuir concessões tais àqueles que desafiavam sua supremacia que os habilitassem a mantê-la inalterada em seus princípios gerais. Assim, às exigências de justiça responderam com a oferta de caridade”.

A expressão “Estado Social”, assim como a expressão “Estado Liberal”, possui um caráter semanticamente aberto. Desde a Alemanha

nazista, passando pela França da Quarta República ao Brasil pós-Revolução de 1930, temos, em todos os casos, Estados aos quais foi dada a alcunha de “social”; demonstração de que tal expressão pode ser aplicada a Estados com regimes políticos bastante diferentes, desde a democracia ao nacional-socialismo.

Inobstante, o nazismo, o fascismo e outras expressões de conservadorismo social opostos à ideia de igualdade material (DAVIES; LYNCH, 2002, p. 126) não poderiam estar mais distantes do conceito de Estado Social que sucedeu ao liberalismo e que está na raiz do Estado Democrático de Direito.

O Estado Social nascido no século XX como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo é o Estado Social Material, aquele modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal. O adjetivo “social”, dessa maneira, refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA, 1999, p. 119).

Que não existam ilusões, no entanto. A concessão de direitos sociais à massa da população que acabamos de analisar foi o preço da pacificação social necessária ao retorno do funcionamento tranquilo do mercado (GRAU, 2002, p. 28). Sua constitucionalização insinera mediante normas desprovidas de valor, programáticas, nada mais foi do que um canto de sereias a atrair uma enorme massa de marinheiros.

### 3.1. Do Direito no Estado Social

O advento da guerra de 1914-1918 impõe ao Estado a utilização de todo um arsenal jurídico para dirigir a economia de modo a satisfazer

suas necessidades bélicas. Surge então um método e ramo do Direito (BERCOVICI, 2009) que abrange o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica (COMPARATO, 2011, p. 22). É o nascimento do Direito Econômico.

De fato, a Primeira Guerra Mundial demandou um enorme planejamento da economia, assim como uma enorme mobilização de mão de obra. Tal necessidade súbita de um vasto contingente de mão de obra fortaleceu o poder do trabalhismo organizado, como bem esclarece Hobsbawm (1997, p. 51).

Até esse momento histórico, a guerra não era um fenômeno que necessitava da completa e quase exclusiva atenção do Estado. Era algo secundário, relegado a certas classes sociais de tradição bélica. Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, todas as funções do Estado se voltam à guerra, de modo que toda a sociedade também se vira para esse mister. O surgimento de uma economia de guerra foi consequência natural, já que a vitória dependia em grande parte da produção de aço, das usinas e outros fatores de produção que, doravante, precisavam ser dirigidos a um objetivo previamente estabelecido pelo Estado, objetivo esse que mobilizava a sociedade como um todo (COMPARATO, 2011, p. 15). As guerras do século XX são, nesse sentido, guerras de massa, visto que consumiram e destruíram quantidades até então inimagináveis de bens (HOBSBAWN, 1997, p. 51).

Ora, como iria o Estado dirigir todos estes fatores de produção a um único e singular objetivo senão por meio de novos instrumentos jurídicos que jamais poderiam coerentemente pertencer à ordem econômica liberal, ou melhor, ao Estado Liberal neutro e impassível?

Vital Moreira (1973, p. 88) aduz que na ordem liberal o Direito para nas portas da fábrica, tudo que se passa lá dentro não lhe concerne.

Não é mais esse o caso. O Direito não só entra na fábrica, como se insere em todas as relações que lá ocorrem: a relação entre empregador e empregados, a relação dos empregados entre si (Direito Sindical), assim como as relações de organização e administração da empresa e as relações entre empresas.

Por óbvio e despreciando que pareça dizê-lo, por trás dessa simplicidade jaz uma enorme fonte de complexidades, pois o Estado de Bem-Estar surge como uma nova adaptação do capitalismo à sociedade e, assim sendo, surge como uma necessidade do capital, que não mais podia sobreviver dentro do esquema de outrora.

A extensão das funções do Estado é exigência do processo de acumulação do capital (GRAU, 2002, p. 21), mas tal extensão não se limita unicamente a garantir o desenvolvimento econômico, porque a ela se adiciona o requisito do desenvolvimento social. Por mais insinceras que as promessas inseridas nos textos constitucionais na forma de normas programáticas tenham sido, o progresso não só do Estado Social como do atual Estado Democrático de Direito repousa largamente na efetivação de tais promessas centradas na promoção democrática da igualdade material. A isso remontam os debates doutrinários a respeito da aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais, das políticas públicas, da reserva do possível, do ativismo judicial e da separação de poderes.

Sônia Miriam Draibe (1989, p. 25) aponta três modelos ou padrões de Estado de Bem-Estar: (i) o modelo residual, no qual a política social intervém *ex-post*, quando os meios “naturais” de auferição de renda para satisfação das necessidades falham; (ii) o modelo meritocrático-particularista, baseado na premissa de que todos devem estar aptos a prover suas próprias necessidades, por seu próprio mérito (neste modelo a política social intervém apenas para corrigir as ações do mercado, de modo

que o sistema de bem-estar é simplesmente complementar às instituições econômicas); e (iii) o modelo institucional redistributivo, no qual o sistema de bem-estar é parte integrante da sociedade e volta-se à distribuição de bens “extramercado”, garantindo a todos acesso a esses bens nos critérios mais universalistas.

Evidente que os modelos de Estado acima descritos representam tipos ideais. Não necessariamente existem em seu estado conceitual puro. Pelo contrário, a multifacetada realidade cisma em se distanciar dos modelos ideais e nos apresentar hipóteses que contêm características de mais de um tipo ou modelo.

No Brasil, por exemplo, a Previdência Social se amolda ao modelo meritocrático-particularista já que somente os contribuintes do sistema têm acesso a benefícios previdenciários (art. 201, *caput*, da Constituição Federal e arts. 10 a 16 da Lei 8.213/91). Isso significa que apenas aqueles indivíduos inseridos no mercado de trabalho farão jus a benefícios previdenciários e apenas em situações ou eventos nos quais o mercado não mais lhes garanta a subsistência (incisos I a V do art. 201 da Constituição Federal).

Por outro lado, a assistência social é prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição (art. 203 da Constituição Federal, notadamente seu inciso V). Porém, a assistência atua apenas enquanto o indivíduo não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (arts. 20, *caput*, e 21, *caput*, da Lei 8.742/93). Trata-se de uma política emergencial, não redistributiva. Por isso representa uma manifestação do modelo residual de Estado de Bem-Estar.

Por fim, serviços públicos marcados pela universalidade e pela gratuidade como nota característica, como a saúde (art. 196 da Constituição Federal) e a educação (arts. 208 e 213, §1º, da Constituição Federal), pertencem ao campo institucional-redistributivo.

O moderno Estado Social não abandonou as conquistas do Estado Liberal diante do arbítrio que motivou a Revolução Francesa. Neste sentido pode-se falar em um *Estado Social de Direito*<sup>4</sup> como uma segunda fase do constitucionalismo moderno, que incorpora a primeira e a ela adiciona um componente social. Dentro desse esquema, o cerne da questão é articular os direitos e liberdades individuais com os direitos sociais, de modo a “articular igualdade ‘jurídica’ (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social” (MIRANDA, 1997, p. 96).

#### 4. O Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito deve ser apreciado dentro do espectro da evolução do Estado Liberal ao Estado Social e adiante. Ao longo de tal evolução, alguns componentes passaram a integrar o conceito de Estado e outros foram eliminados. Exatamente por isso não é possível entender o Estado Democrático de Direito simplesmente como uma soma de partes de outros modelos já existentes. Cada modelo de Estado, assim como cada período histórico, é o resultado das transformações que o precederam e de suas antíteses atuais.

Especificamente quanto ao Estado Democrático de Direito, há um elemento novo que amarra todos os outros em uma unidade conceitual, “um elemento revolucionário de transformação do ‘*status quo*’” (SILVA, 1999, p. 123).

Contudo, parte da doutrina nacional não enxerga nenhuma inovação no conceito de Estado Democrático de Direito. José Cretella Júnior (1990, p. 135), por exemplo, entende que tal conceito é pleonástico e redundante, pois o princípio da legalidade estaria na essência da democracia.

Tal linha de argumentação é válida em uma perspectiva puramente conceitual, mas não o é se levarmos em consideração a perspectiva histórica. O Estado de Direito Liberal, com toda a carga ideológica a ele subjacente, não é capaz e nunca teve a finalidade de abordar as desigualdades sociais que marcam nossa sociedade atual e cuja erradicação constitui uma das principais tarefas do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da Constituição Federal).

É certo que afirmar a inclusão da democracia e da soberania popular no conceito de Estado de Direito também é prestigiar a perspectiva histórica, pois os conceitos de império da lei e democracia desenvolveram-se juntos. Sua coexistência na maioria dos Estados Modernos levou Celso

---

<sup>4</sup>Tal termo foi cunhado por Hermann Heller em 1930.

Ribeiro Bastos (1990, p. 419) a perguntar se Estado de Direito e Estado Democrático não designam coisas idênticas.

A nosso ver a resposta é negativa. Tais conceitos não são incindíveis e podem existir separadamente (SILVA, 1999, p. 121). O liberalismo se preocupa com a extensão do poder governamental, e a democracia com quem o detém (WOLKMER, 1989, p. 95). Fundado justamente na possibilidade de separação entre esses dois conceitos, há um conhecido cisma na cultura jurídica norte-americana entre os constitucionalistas e os democratas. Os primeiros preconizam um Estado juridicamente constituído em que os poderes são regidos e limitados por lei; já os democratas pugnam por um Estado constitucional dinamizado pela democracia popular (CANOTILHO, 1998, p. 94).

Na verdade, existem duas concepções diversas sobre o Estado de Direito; a dos lógico-formalistas e a dos que buscam a investigação de seu conteúdo (FERREIRA, 1989, p. 32).

Para os lógico-formalistas, Estado de Direito é todo aquele que se submeta ao império da lei. Já para os segundos, Estado de Direito é o Estado oriundo das conquistas do liberalismo. O Estado centrado na limitação do poder pela lei, a expressão perfeita da vontade geral do povo. Já expusemos nossa concepção sobre o Estado Liberal de Direito e nela notamos que sua criação e toda a sua teleologia são de limitação do poder estatal em favor da liberdade e segurança necessárias para o florescimento do capitalismo moderno (GRAU, 2002, p. 119). A democracia não é um componente necessário do desenvolvimento do capitalismo, como bem demonstrou o período ditatorial pelo qual passou nosso País de 1964 a 1985.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior (1989, p. 54), o Estado Democrático de Direito é uma junção do Estado Liberal com o Estado Social, pois a passagem do primeiro ao

segundo modelo de Estado, bastante nítida na história constitucional brasileira, não implicou a exclusão do segundo pelo primeiro, mas em sua transformação naquilo que a Constituição denomina Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o referido autor aponta as dificuldades inerentes à compatibilização de dois modelos de Estado tão diferentes; o Estado de Direito, que tem em seu cerne, acima de tudo, restrições e proibições à atuação estatal como forma de manter a liberdade dos indivíduos, e, noutra mão, o Estado Social, cuja essência requer funções distributivas e desconhece o dualismo entre Estado e Sociedade. Essa oposição pode levar o poder estatal a extravasar os limites tão bem postos pelo Estado de Direito.

Destarte, o grande desafio do Estado Democrático de Direito seria impedir que as suas funções sociais se transformem em funções de dominação, em vista do poderio que atribuem à máquina estatal. Reprimidas tais funções de dominação estatal, teríamos no Estado Democrático de Direito tanto a liberdade negativa como a liberdade positiva, marcada pela extensão dos direitos políticos, sociais, econômicos e culturais.

Por isso o Estado Democrático de Direito é algo de novo. Esse conceito retirado do artigo 2º da Constituição Portuguesa de 1976 inaugura um novo paradigma em nosso Direito Constitucional e em nosso Direito Público como um todo. Decerto que tal paradigma não prescinde de tudo o que foi previamente formulado, mas não corresponde apenas a uma mecânica junção de duas partes anteriormente isoladas.

A inovação trazida pelo conceito de Estado Democrático de Direito consiste precisamente em pautar sua atuação pela “inserção da lei fundamental do Estado Democrático nas estratégias de justiça política” (CANOTILHO, 2001, p. 459). Ao fazê-lo, incita a tomada de funções distributivas por parte do Estado ao mesmo



tempo em que limita suas possibilidades de poder pelos cânones do Estado de Direito e da democracia.

José Afonso da Silva (1999, p. 123) traduz com muita precisão a novel união que recebeu o signo de Estado Democrático de Direito:

“A configuração do ‘Estado Democrático de Direito’ não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do ‘*status quo*’”.

A peculiaridade do Estado Democrático de Direito é sua vocação a superar a atual contradição do Estado contemporâneo – que ou preserva a todo o custo a liberdade dos indivíduos ou, em alguns casos, cresce desproporcionalmente ao concentrar os poderes necessários para realizar a tarefa de distribuição das prestações materiais necessárias à vida digna do indivíduo. Nesses termos é que vai a assertiva de que o Estado Democrático de Direito submete-se ao império da lei, mas da lei que assegura o princípio da igualdade não somente diante da generalidade de seus preceitos como também diante das desigualdades sociais existentes. Uma tarefa tal implica realizar transformações sociais, alterar o *status quo*.

Para melhor precisar esse elemento inovador, é de extrema importância aprofundar o conceito de lei no Estado Democrático de Direito. Canotilho (2001, p. 243) afirma que “a lei, no estado de direito Democrático-Constitucional, não é um acto livre dentro da constituição; é um acto, positiva e negativamente, determinado pela lei fundamental”.

Essa conclusão parte de uma crítica à aplicação da chamada teoria dos limites ao Direito Constitucional. Tal teoria foi desenvolvida

especificamente para o Direito Administrativo e postula ser a lei um limite externo à atividade estatal. No espectro da lei, a Administração teria uma ampla liberdade dentro de sua atividade discricionária. Posta nesses termos, a teoria dos limites seria inaceitável como fundamento analítico ao estudo do Direito Constitucional e suas normas.

Por outro lado, seria procedente se significasse que a administração, mesmo positivamente vinculada à lei, teria, dentro de sua esfera de discricionariedade, a escolha entre diversas formas de comportamento que realizariam igualmente o preceito legal.

Transpondo isso para a seara da relação entre lei e Constituição, chegamos à conclusão de que, apesar de ser certo que a lei não é um simples ato de execução da Constituição (ao contrário dos atos administrativos que são mera explicitação ou regulamentação da lei), a última está, por meio de *determinantes heterônomas*, materialmente vinculada à Constituição.

Nossa Constituição Federal impõe não só limites negativos à lei, mas também diretivas positivas. A lei não é mais um ato livre em seus fins. O legislador não pode mais alcançar quaisquer fins por meio da lei, mas somente aqueles fins estabelecidos pela Constituição. A qualificação dos interesses públicos não é mais tarefa relegada unicamente à discricionariedade do legislador, mas materialmente determinada pela Constituição, variando o nível de vinculação do legislador conforme uma topologia dos interesses públicos encontrada dentro da própria Constituição. É nesse sentido que a Constituição dirige a lei e a atuação estatal, daí ser classificada como uma Constituição *Dirigente* (ver, especialmente, o artigo 3º de nossa Constituição Federal).

Nesse sentido o Estado Democrático de Direito *brasileiro* é Estado Democrático de Direito enquanto conformado por uma Constituição

Dirigente, pois é esta Constituição Dirigente que, ao vincular materialmente o legislador, impõe a transformação do *status quo*. Referida transformação se opera pela vinculação não só do legislador, mas de todo o conjunto da administração aos preceitos programático-diretivos da Constituição do Estado Democrático de Direito, que, em sua totalidade, formam um *direito antecipador da mudança social* (CANOTILHO, 2001, p. 456).

A Constituição brasileira de 1988 é fruto da queda de um regime ditatorial e traduz a tomada de consciência e os desejos da maioria excluída da população por profundas mudanças sociais traduzidas nas narrativas constitucionais emancipatórias das normas programáticas e em sua força de transformação da sociedade (CANOTILHO, 2001, p. xiii). Sua natureza está em flagrante contraposição à “programaticidade conservadora-corporativista” das constituições brasileiras de 1946 e 1967, motivo pelo qual se pode afirmar que a legitimidade da Constituição do Brasil deriva em parte de seu caráter dirigente, pois nasceu de uma esperança (FERRAZ JUNIOR, 1989, p. 57). Uma esperança por mudança.

#### **4.1. Constituição, política e transformação social**

A despeito de tudo o que já foi dito, a Constituição por si só não tem o condão de efetuar mudança social e de erradicar a pobreza. O fenômeno da mudança social está intrinsecamente relacionado às forças sociais e aos grupos de poder presentes na sociedade e necessita da ação e vontade desta última e de seus representantes para se concretizar.

A Constituição é um elemento necessário e de soberba importância no processo de superação das desigualdades sociais e do subdesenvolvimento econômico, mas não é o

único elemento relevante. A consciência política da necessidade de mudança, a atuação e manifestação da sociedade e o funcionamento correto dos canais de representação política e de todo o conjunto da administração pública são igualmente fundamentais. Seria *fetichismo* sustentar o contrário.

Vista sob esse aspecto, à Constituição Dirigente adiciona-se mais um elemento caracterizador: *uma filosofia de ação*, ou seja, um acionalismo que se dirige à produção, reprodução e alteração da sociedade (CANOTILHO, 2001, p. 458). Essa pragmática de transformação presente na nossa Constituição configura aquilo que se sói denominar *cláusula de transformação*. Justamente porque a filosofia de ação deve permear as expectativas da sociedades e o *ethos* de seus representantes, ela assume uma feição inequivocamente democrática.

Nosso ordenamento constitucional não consagrou expressamente uma cláusula tal, mas a inseriu no sistema constitucional tomado como um todo. Explicitando o que acabou de ser dito: a Constituição, como um todo único, move-se em direção à mudança social por meio dessa prática de ação transformadora que, em última análise, remete-se ao nível de legitimidade da Constituição perante a sociedade (GRAU, 2002, p. 258).

A filosofia de ação remete-se ao nível de legitimidade constitucional porque a Constituição, ao contrário das normas infraconstitucionais, não tem um nível de validade. Validade é um conceito que pressupõe sempre um caráter relacional, uma referência a uma norma superior que lhe confere validade, na conhecida pirâmide normativa kelseniana. A Constituição, como norma ápice, não é válida ou inválida, mas legítima ou ilegítima (FERRAZ JUNIOR, 1989, p. 20).

A medida de legitimidade da Constituição brasileira é a prática de todos os agentes que a

ela se submetem e sua adstrição aos fins maiores da República. Nossa Constituição será legítima perante a sociedade caso sua narrativa programática molde a Constituição real – a Constituição como é praticada no judiciário, no executivo e no legislativo, sob a influência de todas as forças sociais existentes - e não apenas a Constituição *folha de papel* de que falava Lassale (2001). Essa prática revela o espírito e o futuro da Constituição.

Partindo do pressuposto de que essa filosofia de ação presente na Constituição Dirigente brasileira é a matriz de sua legitimação social, sua concretização reclama que as forças sociais, o arcabouço institucional, político e ideológico, estejam voltadas para a realização dos fins estabelecidos na Constituição. Em outras palavras, é necessário que as forças sociais, a sociedade como um todo, façam um esforço de correspondência à configuração do futuro positivada no dever-ser constitucional.

A Constituição, por si própria, não consegue realizar nada. Mas pode impor tarefas (v.g. arts. 3º, 6º, 170 e 219 da Constituição Federal) cuja realização depende de um ato de vontade dos encarregados de concretizá-la, impulsionados pelos anseios legítimos de toda a sociedade. A *vontade de Constituição* (HESSE, 1991, p. 19) há de ser ativa e universal.

A relação entre Constituição e sociedade é, nesse sentido, dialética e retro-alimentativa, pois ambas se influenciam mutuamente ao mesmo tempo em que se moldam uma à outra.

Vianna e Carvalho (2000, p. 133) inserem-se nessa mesma linha ao afirmar que “o mecanismo de base do Estado democrático de direito reside na dialética dos procedimentos, cuja animação supõe uma cidadania ativa, capaz de estabelecer nexos livres com a esfera pública”. Com efeito, o Estado Democrático de Direito urge ser constantemente acionado e engatilhado pela sociedade para que a filosofia de ação de que está imbuído possa realizar-se em conformidade com os anseios sociais.

#### **4.2. O que a Constituição dirigente não é**

O conceito de Constituição Dirigente, tomado por si só, não deve ser equiparado à ideologia socialista. Uma Constituição Dirigente pode definir os mais diversos fins, sejam eles de cunho socialista, capitalista ou até fascista. Por isso não se deve cometer o descuido de transpor dois planos diferentes, o da Constituição Dirigente e o da ideologia constitucional, esta última retirada do conjunto dos princípios, fins e normas programáticas que caracterizam uma determinada Constituição.

O Estado Democrático de Direito como conformado pela Carta de 1988 e seu elemento de transformação do *status quo* é a fonte da imposição de maior igualdade e desenvolvimento social, não a Constituição Dirigente isoladamente. No particular caso do Brasil, a legitimidade da Constitui-

ção deriva do fato de ser ela uma Constituição Dirigente cujos fins positivamente plasmados denotam uma ideologia, vinculante para o intérprete (GRAU, 2002, p. 208), de mudança social. Porém, tal junção de conceitos não é necessária nem indestrinchável. Uma determinada constituição pode ser dirigente sem que as imposições constitucionais a ela relacionadas se relacionem com um Estado Democrático de Direito.

Também não há motivo para se atribuir à Constituição Dirigente a pecha de autoritária ou engessante do âmbito político. A filosofia de ação que a permeia será concretizada de maneira político-democrática, de acordo com a vontade de constituição existente no seio da sociedade. Uma norma constitucional se realiza apenas se procurar construir o futuro com base na peculiar situação do presente (HESSE, 1991, p. 18).

O presente é democrático e plural. É precisamente o caráter democrático do Estado e do sistema constitucional que revela a importância da criação de formas permanentes de aferição das necessidades e aspirações das diversas forças atuantes dentro da sociedade, para que tais anseios sejam levados aos representantes e possam nortear a atuação estatal. Dessa maneira se atualizam a filosofia de ação e os fins estatais constitucionalmente plasmados.

O sentido do bloco de disposições dirigentes da Constituição reclama atos de direção política conformadores, criadores, planejadores e reguladores das normas programático-diretivas.

Esses atos de direção política, manifestação imediata da liberdade de conformação do legislador, fazem parte integrante da dinâmica constitucional criada pela atual Carta da República, na qual o bloco constitucional dirigente não substitui a política, mas se torna *premissa material* dela (CANOTILHO, 2001, p. 463).

O Estado Democrático de Direito é democrático de forma permanente, elevando o regi-

me político brasileiro ao âmbito da democracia participativa, que requer a participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo (SILVA, 1999, p. 145).

No plano ideal, o exercício da democracia dentro do sistema constitucional é constante, visto que nele estão todas as forças sociais atuantes em um dado momento histórico e tais forças deverão informar, por meio de ações sociais, aos responsáveis pela definição do plano de ação estatal os fins que devem ser perseguidos com primazia em um dado momento. O principal déficit democrático de nosso País reside exatamente na ausência de mecanismos institucionais que permitam e estimulem o *input* constante e atualizado de demandas sociais no planejamento econômico e orçamentário do Estado. Afinal, como acertadamente aduz James O'Connor (2012, p. xiv), o campo da luta de classes passou a ser o próprio Estado e seu orçamento<sup>5</sup>.

De fato, apesar de a atuação em prol de cada fim constitucional ser uma imposição constitucional a que o legislador e o administrador não podem se furtar, a prática demonstra que nem todos os fins podem ser perseguidos com a mesma intensidade em todos os momentos. Nesse caso não caberá ao administrador escolher arbitrariamente qual fim almejar, sob pena de formarmos um Estado tecnocrático, mas à população, por meio das forças sociais atuantes.

Certamente que nesse ainda inexistente mecanismo de percepção dos anseios sociais pelo Estado jazem inúmeros perigos, principalmente para aquela grande parcela da população que

---

<sup>5</sup> Por um lado se reclamam do Estado investimentos em infraestrutura como portos, estradas e ferrovias que beneficiarão o escoamento de produção industrial aumentando a margem de lucro de alguns poucos (função acumulativa do Estado); por outro lado, crescem as demandas por assistência e previdência social, saúde, educação, lazer, moradia e outras comodidades acessíveis de modo universal (função redistributiva do Estado).

não tem voz ativa nas decisões do rumo do país. Sem embargo, a solução para a neutralização de tais riscos é a criação de novos mecanismos de participação popular, como o Orçamento Participativo, não o liminar descarte do Estado como garantidor do bem-estar social.

Ao prefaciar a segunda edição de seu precioso trabalho sobre a Constituição Dirigente, o Professor Canotilho (2001, p. xxiv) adverte para aquilo que denomina *problemas de reflexividade*, os quais apontam para uma crise na capacidade do ordenamento jurídico de captar todas as demandas e gerar um conjunto unitário e racional de respostas para uma coletividade tão heterogênea e complexa como a sociedade moderna.

Em substituição a tal esquema, propõe ele, na linha dos teóricos do Direito Reflexivo ou da teoria dos sistemas, que a hipercomplexidade das sociedades modernas só pode ser manejada por intermédio da subdivisão da sociedade e seus atores em sistemas ou modos de produção de poder, cada um voltado à resolução dos problemas e tarefas inerentes à sua área. O Direito seria apenas um modo de produção de poder cujas possibilidades de regulação total do presente e do futuro estariam esgotadas.

Para os adeptos do Direito Reflexivo, ou Direito Sistêmico, as mudanças introduzidas pela globalização econômica levam ao surgimento de um Direito que não se cinge mais ao Direito positivo do Estado Nação. O foco de análise do Direito seria estabelecido a partir da “sociedade capitalista como uma formação política constituída por vários modos de produção de poder articulados de maneiras específicas” (FARIA, 2000, p. 156). Dentro dessa formação, cada modo de produção do poder é autônomo, gerando suas próprias regras e formas de controle dotadas de suas específicas redes de relações, apesar de serem todos inter-relacionados. Faria (2000, p. 156) elenca seis modos de produção de poder básicos à sociedade moderna: (i) o da produção; (ii) o do mercado; (iii) o comunitário, (iv) o da cidadania; (v) o da mundialidade e; (vi) o doméstico.

Como consequência, a sociedade hodierna passa a ser encarada em vista dos diferentes grupos e organismos em que os indivíduos se aglomeram e neles criam suas particulares formas de convivência e de racionalidade, como bancos de investimento, sindicatos, fundos de pensão etc. Cada um desses grupos tem seus próprios anseios e interesses a defender em relação aos outros, de modo que as relações sociais agora se referem primordialmente a tais grupos ou organizações complexas e não aos indivíduos considerados isoladamente.

A heterogeneidade das demandas e a dificuldade em proporcionar respostas não podem ser consideradas motivos suficientes para o abandono da concepção democrática de que o Estado tem o dever de realizar as tarefas constitucionalmente plasmadas na medida de suas possibilidades

e de acordo com o influxo de anseios sociais a ele institucionalmente canalizados.

Mais ainda, não há razão para crer que esses diversos grupos da sociedade civil capitalista tenham melhores condições de lidar com a hipercomplexidade atual do que o Estado (BERCOVICI, 1999, p. 42). Pelo contrário, a crise econômica de 2008 originada nos Estados Unidos da América demonstrou do que é capaz a alegada autorregulação do sistema financeiro na ausência de normas cogentes, na ausência do direito e/ou na ausência completa da regulação estatal. Os efeitos da livre atuação do referido sistema produziram o clamor por semeadora intervenção estatal.

## Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita et al. (Org.). *Direitos humanos, democracia e república* : homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. a. 36, n. 42, abr./jun 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 jul. 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: MENDESTEPEDINO, Gustavo José; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas Essenciais*: obrigações e contratos. São Paulo: RT, 2011. v. 1.

\_\_\_\_\_. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1.

DAVIES, Peter; LYNCH, Derek. *The Routledge companion to fascism and the far right*. [S.l.]: Psychology Press, 2002.

DRAIBE, Sônia Miriam. O 'Welfare State' no Brasil: características e perspectivas. *Ciências Sociais Hoje*, 1989. São Paulo: ANPOCS e Vértice, 1989.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio et al. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia*, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

- FRANCE, Anatole. *Le Lys Rouge*. Paris: Calmann-Lévy Éditeurs, 1906.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.
- HOBBSBAWN, Eric J. *A era das revoluções*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- \_\_\_\_\_. *A era do capital*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- \_\_\_\_\_. *A era dos extremos: o breve século XX*. 2. ed. Companhia das Letras: 1997.
- LASKI, Harold J. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto Martins. *Direito da seguridade social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MATTEUCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto et al (Org.). *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1983.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.
- O'CONNOR, James. *The Fiscal Crisis of the State*. New Jersey: Transaction Publishers, 2012.
- POLANYI, Karl. *The Great Transformation*. Boston: Beacon Press, 1957.
- REGONINI, Gloria. Estado do Bem Estar. In: BOBBIO, Norberto et al. (Org.). *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1983.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos Santos. *Paradoxos do liberalismo teoria e história*. São Paulo: Co-Edição Vértice e IUPERJ, 1988.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. República e Civilização Brasileira. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2011.





**Resenha Legislativa da  
Consultoria Legislativa do  
Senado Federal**



# Sociedade anônima simplificada

LEONARDO GARCIA BARBOSA

## Sumário

1. Introdução. 2. Constituição e caráter empresarial. 2.1. Supressão do requisito de pluralidade dos sócios. 2.2. Simplificação dos trâmites de constituição. 2.3. Deficiências de outros tipos societários. 2.4. Caráter empresarial e objeto indeterminado. 3. Capitalização e autonomia estatutária. 3.1. Flexibilidade da capitalização. 3.2. Outros mecanismos de financiamento. 3.3. Autonomia estatutária. 4. Limitação da responsabilidade e resolução de conflitos. 4.1. Limitação da responsabilidade. 4.2. Desconsideração da personalidade jurídica. 4.3. Abuso de direito e responsabilidade dos administradores. 4.4. Resolução de conflitos. 5. Considerações finais.

“Pois nos países da América Latina prevalece desde os tempos coloniais forte tendência à personalização das relações comerciais entre os indivíduos. Persiste a informalidade nos negócios. Trata-se de uma questão cultural que dificulta até hoje a construção de um conjunto institucional baseado na objetividade capitalista. No século XXI, os países da América Latina ainda encorajam um modelo de trocas pessoais encerrado há muito tempo nos Estados Unidos e na Europa.” (Douglass North).

## 1. Introdução

O assunto abordado no presente trabalho é uma espécie de sociedade anônima simplificada que não tenha o seu capital aberto ao público investidor. A sociedade anônima de capital fechado é o tipo societário cujo capital é dividido em ações e cujos valores mobiliários de sua emissão não são admitidos à negociação em bolsa de valores ou mercado de balcão<sup>1</sup>.

Leonardo Garcia  
Barbosa é consultor do  
Senado Federal.

<sup>1</sup> Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários (BRASIL, 1976).

De acordo com o autor colombiano Francisco Reyes Villamizar, um dos autores da lei colombiana sobre a sociedade por ações simplificada, a sociedade fechada é caracterizada em regra geral: a) por contar com um número reduzido de sócios; b) por haver um direito de preferência na negociação das ações; c) por não haver um mercado aberto para a negociação das ações; e d) pelo número significativo de sócios que ocupam cargos na administração da companhia (VILLAMIZAR, 2010a, p. 110).

Nos últimos anos, tem sido defendida a criação de uma espécie de sociedade anônima simplificada no Brasil. Aqui o assunto chegou pelas mãos dos juristas Walfrido Warde Júnior e Rodrigo Castro. De acordo com eles, não é necessário criar uma lei própria da sociedade anônima simplificada, mas é suficiente adaptar a denominada “pequena sociedade anônima” prevista no art. 294 da Lei das Sociedades por Ações mediante algumas alterações no seu regramento jurídico<sup>2</sup>. A proposta dos juristas abrange algumas das matérias constantes da lei colombiana que dispõe sobre as sociedades por ações simplificada<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 294. A companhia fechada que tiver menos de vinte acionistas, com patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), poderá: I – convocar assembleia-geral por anúncio entregue a todos os acionistas, contrarrecibo, com a antecedência prevista no artigo 124; e II – deixar de publicar os documentos de que trata o artigo 133, desde que sejam, por cópias autenticadas, arquivadas no registro do comércio, juntamente com a ata da assembleia que sobre eles deliberar. § 1º A companhia deverá guardar os recibos de entrega dos anúncios de convocação e arquivar no registro do comércio, juntamente com a ata da assembleia, cópia autenticada dos mesmos. § 2º Nas companhias de que trata este artigo, o pagamento da participação dos administradores poderá ser feito sem observância do disposto no § 2º do artigo 152, desde que aprovada pela unanimidade dos acionistas. § 3º O disposto neste artigo não se aplica à companhia controladora de grupo de sociedade, ou a ela filiadas (BRASIL, 1976).

<sup>3</sup> A proposta dos juristas abrange os seguintes itens: suprime o requisito de pluralidade dos sócios; dispensa da publicação dos documentos da administração, desde que eles sejam divulgados na rede mundial de computadores; permite aos acionistas participar e votar a distância em assembleia-geral; faculta ao estatuto estipular que o acio-

A constituição de um novo tipo societário de sociedade anônima de capital fechado que foque na simplicidade de suas regras jurídicas pode ser uma boa opção para a classe empresarial que enxerga na sociedade limitada um tipo burocrático, formalista, inflexível e grandemente dirigido (WARDE JÚNIOR; CASTRO, 2012). A sociedade anônima de capital aberto, por outro lado, envolve custos de abertura que não compensam para companhias sob controle familiar e propriedade concentrada<sup>4</sup>. Para chegar a alguma conclusão sobre o tema, precisamos examinar quais são as propostas sugeridas atualmente e verificar a sua racionalidade econômica e jurídica.

No Direito Comparado, as iniciativas da Colômbia e da França podem servir de inspiração para uma legislação brasileira sobre o tema. De acordo com o autor intelectual da lei colombiana, o jurista Villamizar, os problemas impostos às sociedades anônimas demandam solução legislativa que traga maior flexibilidade ao seu funcionamento, especialmente dando-se ênfase à autonomia da vontade na elaboração do seu estatuto.

A criação de uma sociedade anônima simplificada na Colômbia aumentou significativamente sua utilização pelos empreendedores daquele País<sup>5</sup>. Os mais importantes grupos

---

nista participará dos lucros e das perdas de forma desproporcional às ações detidas por eles; permite que a diretoria seja composta por um diretor e tenha prazo de gestão indeterminado; faculta ao administrador participar do lucro sem que seja necessário atribuir aos acionistas o dividendo obrigatório; permite ao acionista se retirar da companhia mediante notificação com antecedência mínima de trinta dias; e faculta a exclusão do acionista que descumprir suas obrigações sociais.

<sup>4</sup> A realidade econômica da América Latina é caracterizada por companhias com controle familiar e propriedade concentrada (VILLAMIZAR, 2010c, p. 1).

<sup>5</sup> Em dezembro de 2008, cerca de 7% dos registros de empresários eram de sociedades anônimas simplificadas, subindo esse percentual para mais de 80% em agosto de 2010 (VILLAMIZAR, 2010b, p. 12-13).

empresariais colombianos têm migrado para o regime da sociedade por ações simplificada, podendo ser considerada a opção pela lei que rege esse tipo societário o maior plebiscito frente a uma norma mercantil (VILLAMIZAR, 2010a, p. 106). Pretendemos focar a nossa abordagem na lei colombiana por meio da qual se cria a sociedade anônima simplificada<sup>6</sup>. A organização dos itens deste artigo foi elaborada tendo por base o trabalho acadêmico apresentado pelo jurista Francisco Reyes no Brasil por ocasião do III Congresso Brasileiro de Direito e Economia, realizado em outubro de 2010, e intitulado *A sociedade por ações simplificada: uma verdadeira inovação no Direito Societário Latino-Americano* (VILLAMIZAR, 2010c)<sup>7</sup>.

De acordo com o jurista, a lei sobre as sociedades anônimas simplificadas incorpora as principais vertentes do Direito Comparado contemporâneo e, desse modo, presume-se que os empresários migrem paulatinamente para o novo tipo societário em virtude de suas características flexíveis (VILLAMIZAR, 2010c, p. 1). A ênfase da nova lei é o conceito de sociedade-contrato, segundo o qual há predomínio da autonomia da vontade sobre normas regulatórias de natureza cogente, de modo a facilitar a criação e o funcionamento das sociedades, estimular a inovação e o desenvolvimento de novos produtos e serviços (VILLAMIZAR, 2010c, p. 1). Com a aprovação da lei colombiana, espera-se prevenir os conflitos intrassocietários, já que os sócios deverão

definir, com precisão, as regras de organização societária e os mecanismos de resolução dos conflitos (VILLAMIZAR, 2010c, p. 2). Vamos examinar cada um desses pontos nos itens em que se subdivide o presente trabalho.

Um ponto positivo da lei colombiana é o tratamento, em uma única lei, das questões mais relevantes que dizem respeito às sociedades anônimas simplificadas. No Brasil, existe a Lei das Sociedades Anônimas, mas ela cuida, ao mesmo tempo, da sociedade anônima de capital aberto e de capital fechado. A nosso ver, a compreensão do tratamento jurídico da sociedade anônima de capital fechado seria facilitada com a edição de uma lei que abordasse somente esse tipo jurídico.

Outra iniciativa que procura valorizar a sociedade anônima de capital fechado como principal tipo societário brasileiro e, possivelmente, como substituto da sociedade limitada na preferência dos empreendedores nacionais é o Projeto de Lei nº 1.572, de 2011, que propõe a criação de um novo Código Comercial. O trabalho acadêmico desenvolvido pelo jurista Fábio Ulhoa Coelho optou por eleger como modelo das sociedades empresárias brasileiras a sociedade anônima de capital fechado (COELHO, 2011, p. 10). A sociedade limitada, tipo societário mais utilizado atualmente no País, é disciplinada após as disposições referentes à sociedade anônima de capital fechado, aplicando-se a ela o regime da sociedade anônima fechada naquilo que não contrariar suas disposições específicas.

Para abordar a temática aqui introduzida, organizamos este artigo em quatro itens. No item 2, examinamos a supressão do requisito de pluralidade dos sócios da sociedade anônima simplificada, a simplificação dos trâmites de constituição, as deficiências de outros tipos societários e o seu caráter empresarial. No item 3, discorreremos sobre a flexibilidade da capitali-

---

<sup>6</sup> Lei nº 1.258, de 5 de dezembro de 2008, por meio da qual se cria a sociedade por ações simplificada. (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>7</sup> A sociedade anônima simplificada voltou a ser destacada no Brasil por ocasião do Primeiro Seminário de Direito e Economia do Nordeste, no qual um dos painéis foi sobre *A Ascensão da Sociedade por Ações Simplificada: uma demonstração do sucesso na aplicação da Análise Econômica do Direito*, ministrado pelo jurista colombiano em novembro de 2013 (SEMINÁRIO, 2013).

zação da sociedade anônima simplificada, sobre os outros mecanismos de financiamento e a autonomia estatutária. No item 4, discutimos o tema da limitação da responsabilidade dos sócios da sociedade anônima simplificada, as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, o abuso de direito e a responsabilidade dos administradores, e a resolução de conflitos. No item 5, destacamos as conclusões do artigo.

## 2. Constituição e caráter empresarial

A facilidade na constituição da sociedade por ações simplificada tem por finalidade reduzir os custos de transação de negócios jurídicos que seriam praticados no mercado a um custo mais alto, reduzir as deficiências das formas tradicionais de sociedade e superar a dicotomia entre sociedades civis e comerciais. É o que veremos neste item.

### 2.1. Supressão do requisito de pluralidade dos sócios

A lei colombiana permite a constituição da sociedade anônima simplificada por uma única pessoa natural ou jurídica<sup>8</sup>, suprimindo o requisito de pluralidade dos sócios, de acordo com o qual uma sociedade somente pode ser criada por dois ou mais sócios. A lei faculta, portanto, a constituição da sociedade anônima simplificada por meio de um ato unilateral<sup>9</sup>.

No âmbito do ordenamento jurídico, podemos classificar a constituição de uma sociedade anônima unipessoal em duas categorias, o que facilita a abordagem do tema: sociedade anônima constituída por uma única pessoa natural e sociedade anônima constituída por uma pessoa jurídica.

A constituição de uma sociedade anônima por somente uma única pessoa natural é vedada pela atual lei societária brasileira. São exigidos, no mínimo, dois sócios<sup>10</sup>. A discussão sobre a constituição originária ou inicial de uma sociedade unipessoal no Brasil perde força em virtude da aprovação da lei que permite a constituição pela pessoa natural de uma

---

<sup>8</sup> Art. 1º Constituição [parte inicial]. A sociedade por ações simplificada poderá ser constituída por uma ou mais pessoas naturais ou jurídicas, que somente serão responsáveis até o montante de seus respectivos aportes (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>9</sup> Art. 5º Conteúdo do Documento de Constituição. A sociedade por ações simplificada será criada mediante contrato ou ato unilateral que conste em documento privado, inscrito no Registro Mercantil da Câmara de Comércio do lugar em que a sociedade estabeleça seu domicílio principal, no qual se expressará ao menos o seguinte: [...] (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>10</sup> Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: I – subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; [...] (BRASIL, 1976).



empresa individual de responsabilidade limitada<sup>11</sup>. A fim de justificar a constituição de sociedades unipessoais, Villamizar cita o professor português José Engracia Antunes, que defende o reconhecimento da figura da sociedade unipessoal como um fato universal e irreversível do direito societário contemporâneo (ANTUNES, 1993 apud VILLAMIZAR, 2010c, p. 7). O sistema europeu, por exemplo, trata do problema da limitação de responsabilidade do empresário individual de forma diferente do sistema brasileiro. No Brasil, trata-se, de uma forma não societária, a separação do patrimônio particular da pessoa natural e do patrimônio do ente empresarial, enquanto, na Europa, trata-se de uma forma societária, por meio da sociedade unipessoal<sup>12</sup>. Desse modo, parece-nos não ser necessário, no Brasil, permitir a criação de uma sociedade por ações simplificada por apenas uma pessoa natural, já que o ordenamento jurídico possibilita a constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada. Não vislumbramos, contudo, qualquer impedimento jurídico ou econômico para que a legislação que trata dessa figura jurídica deixe de permitir a aplicação subsidiária à empresa individual das regras da eventual sociedade anônima simplificada. Não vislumbramos, tampouco, qualquer impedimento para que não se permita a sociedade anônima simplificada constituída por somente uma pessoa natural.

A possibilidade de conversão da sociedade anônima que tendo sido constituída inicialmente por, pelo menos, dois sócios, venha a perder um deles, em empresa individual de responsabilidade limitada ou em empresário individual não está prevista na legislação brasileira. Não há uma regra de conversão que discipline tal procedimento. A Lei das Sociedades por Ações limita-se a determinar a dissolução da sociedade anônima que venha a ter apenas um sócio<sup>13</sup>. A solução da questão, a nosso ver, é a alteração da lei societária, de modo a regular a conversão da sociedade anônima unipessoal derivada em empresa individual de responsabilidade limitada ou em empresário individual, caso o sócio remanescente seja uma pessoa natural.

A constituição de uma sociedade anônima unipessoal por outra pessoa jurídica é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro e recebe o nome de sociedade subsidiária integral. A sociedade subsidiária integral

---

<sup>11</sup> Na América Latina, são poucos os ordenamentos em que se reconhece a limitação da personalidade do empresário individual e eles optam pela forma não societária, da empresa individual de responsabilidade limitada (SALOMÃO FILHO, 1995, p. 9).

<sup>12</sup> Em Portugal, a figura do estabelecimento individual de responsabilidade limitada não tem tido receptividade pelo empresário português.

<sup>13</sup> Art. 206. Dissolve-se a companhia: I – de pleno direito: (...) d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251; [...] (BRASIL, 1976).

é a sociedade anônima formada por um único sócio, sendo, portanto, forma de sociedade unipessoal<sup>14</sup>. Ela é importante instrumento de organização empresarial, pois é considerada sujeito de direitos e obrigações próprias, respondendo perante credores com o seu patrimônio. Assim, os bens da sociedade controladora não são atingidos por obrigações da sociedade subsidiária integral, a não ser que seja decretada judicialmente a desconsideração da personalidade jurídica. Para uma sociedade, pode ser mais vantajoso, em termos de limitação da responsabilidade, constituir uma sociedade subsidiária integral – muitas vezes, em virtude do elevado risco do empreendimento – do que criar um estabelecimento subordinado que não tenha o atributo da separação patrimonial. Outra vantagem da constituição de uma sociedade subsidiária integral decorre da diminuição dos custos de agência. A ausência de minoria societária na sociedade subsidiária integral reduz a zero os custos de transação da administração dos conflitos com grupos minoritários de sócios (PI-MENTA, 2012, p. 352).

Uma questão importante no regramento jurídico da sociedade subsidiária integral é que a legislação brasileira exige que a sociedade controladora da sociedade subsidiária integral seja brasileira. Não há motivos de ordem econômica para vedar a constituição de sociedade subsidiária integral por sociedade estrangeira, haja vista que os investimentos estrangeiros geram benefícios para a economia e a sociedade<sup>15</sup>. Villamizar, mais uma vez citando o jurista português José Engracia Antunes, afirma que os grupos transnacionais se estruturam majoritariamente por meio da criação de sociedades de capital unipessoais (*wholly-owned subsidiaries*), não surpreendendo que cerca de 83% das filiais estrangeiras de grupos norte-americanos constituam sociedades unipessoais (ANTUNES, 1993 apud VILLAMIZAR, 2010c, p. 8)<sup>16</sup>. Assim, um ponto polêmico, que compete ao Congresso Nacional discutir a respeito das sociedades unipessoais, é a restrição à sociedade estrangeira para constituir uma sociedade subsidiária integral. A revogação da exigência de nacionalidade brasileira da sociedade controladora da sociedade subsidiária integral, no

---

<sup>14</sup> Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (BRASIL, 1976).

<sup>15</sup> Uma sociedade sediada no exterior, por exemplo, poderia optar por constituir uma subsidiária integral no País, para exploração de determinado empreendimento, caso o custo de transação fosse menor do que a instalação de um estabelecimento subordinado. Caso optasse pela constituição de um estabelecimento subordinado, a sociedade exerceria em seu próprio nome, conta e risco, a nova atividade empresarial e responderia, com todo o seu patrimônio, pelas obrigações decorrentes do empreendimento.

<sup>16</sup> A Gap, maior grupo de vestuário dos Estados Unidos e o terceiro maior grupo do mundo, após 44 anos de fundação, decidiu abrir um estabelecimento no Brasil associada a um grupo local, o GEP, mas nos países avançados ela não recorre a sócios locais (DAL-TRO, 2013, p. 90).

caso da sociedade anônima simplificada, pode ser um importante instrumento de captação de investimentos estrangeiros pelo País.

## 2.2. Simplificação dos trâmites de constituição

A lei colombiana prevê que a inscrição da sociedade por ações simplificada no registro mercantil significa a atribuição dos efeitos da personalidade jurídica à sociedade, formando uma pessoa jurídica distinta daquela dos acionistas<sup>17</sup>. A lei societária brasileira não contém um dispositivo que atribua os efeitos da personalidade jurídica à sociedade anônima registrada, mas a esse tipo societário se aplica o disposto no Código Civil que prevê o começo da existência legal das pessoas jurídicas com a inscrição dos atos constitutivos no respectivo registro<sup>18</sup>. Antes da inscrição da sociedade por ações simplificada no Registro Mercantil colombiano, os sócios respondem pelas obrigações sociais na forma jurídica de uma sociedade de fato<sup>19</sup>. No Brasil, a sociedade por ações em formação não é regulada pelas normas que tratam das sociedades de fato, mas por regras especiais da Lei das Sociedades por Ações (GONÇALVES NETO, 2005, p. 30), inserindo-se, nos atos e publicações

---

<sup>17</sup> Art. 2º Personalidade Jurídica. A sociedade por ações simplificada, uma vez inscrita no Registro Mercantil, formará uma pessoa jurídica distinta dos seus acionistas (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>18</sup> Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos atos constitutivos no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo (BRASIL, 2002).

<sup>19</sup> Art. 7º Sociedade de Fato. Enquanto não efetuada a inscrição do documento privado ou público de constituição na Câmara de Comércio do lugar em que a sociedade estabeleça seu domicílio principal, entender-se-á para todos os efeitos legais que a sociedade é de fato se forem vários os sócios. Caso se trate de uma única pessoa, responderá pessoalmente pelas obrigações que contrair no desenvolvimento da empresa (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

da companhia em constituição, a denominação acrescida da expressão “em organização”. A regra é que não é permitido à companhia funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos<sup>20</sup>. Não vemos problemas de ordem jurídica ou econômica que impeçam que eventual sociedade anônima simplificada no Brasil seja considerada sociedade de fato ou sociedade em comum enquanto não inscrita no Registro de Empresas.

A sociedade de fato, no ordenamento jurídico brasileiro, é denominada sociedade em comum. A discussão importante nessa matéria é a implicação para os credores da responsabilidade subsidiária, portanto, não direta, dos sócios pelas obrigações da sociedade<sup>21</sup>. A imposição aos credores de um benefício de ordem em favor de sócios de uma sociedade sem personalidade jurídica – e, muitas vezes, sem qualquer documento escrito – não nos parece razoável. As obrigações da sociedade de fato ou comum deveriam ser direta e imediatamente cobradas dos sócios, sem que fosse prevista uma subsidiariedade (PIMENTA, 2010, p. 14). A regra da subsidiariedade deveria ser aplicada somente às sociedades personificadas.

De acordo com Villamizar, o processo constitutivo da sociedade por ações simplificada tem por objetivo reduzir os custos de transação verificados nos demais tipos societários (VILLAMIZAR, 2010c, p. 10). As empresas reduzem os custos de transação ao substituírem complicados mecanismos de trocas efetuadas no mercado, no qual deve ser levado em conta

---

<sup>20</sup> Art. 94. Nenhuma companhia poderá funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos (BRASIL, 1976).

<sup>21</sup> Subtítulo I – Da sociedade não personificada. Capítulo I – Da sociedade em comum. [...] Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou com a sociedade (BRASIL, 2002).

o custo de negociação, de celebração e de cumprimento de um contrato específico para cada operação. A facilidade e a simplificação da constituição e abertura de empresas são importantes instrumentos para ganho de eficiência, haja vista que a criação de uma empresa representa redução de custos de transação de negócios que seriam levados a efeito no mercado, a um custo mais alto e a um prazo mais curto<sup>22</sup>.

A constituição de uma sociedade anônima de capital fechado no Brasil não exige a contratação de uma instituição financeira, a elaboração de um estudo de viabilidade econômica e financeira ou qualquer providência junto à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). É necessário, contudo, que sejam subscritas por pelo menos duas pessoas todas as ações em que se divide o capital social; sejam realizados, pelo menos, dez por cento do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro e que os valores realizados em dinheiro sejam depositados no Banco do Brasil S/A<sup>23</sup>. Caso a integralização do capital se dê na forma de bens, a lei societária brasileira prevê uma assembleia de avaliação dos bens<sup>24</sup>.

A forma mais simples de constituição da sociedade anônima é por meio de uma escritura

pública<sup>25</sup>. Ela é assinada por todos os subscritores e deve conter a qualificação deles; o estatuto da sociedade; a relação das ações tomadas por eles; a importância das entradas pagas; a transcrição do recibo do depósito da realização inicial; a transcrição do laudo de avaliação dos peritos, caso tenha havido subscrição do capital social em bens, e a nomeação dos primeiros administradores<sup>26</sup>. A sociedade anônima também pode ser criada por instrumento particular, consubstanciado na ata da assembleia geral dos fundadores e subscritores do capital. A constituição da sociedade anônima de capital fechado é designada simultânea, porque a subscrição do capital é procedida particularmente, sem apelo ao público (MOREIRA, 2004, p. 36). Após a elaboração do ato de constituição da sociedade anônima, ele deve ser arquivado no Registro de Empresas e publicado no órgão oficial. Observe-se que a constituição de uma sociedade anônima envolve mais formalidades e maiores custos do que a constituição de uma sociedade limitada.

A lei colombiana suprimiu o requisito de constituição da sociedade por ações simplificada por meio de escritura pública, permitindo-se a sua criação por contrato ou ato unilateral que conste em documento privado. É necessário, entretanto, o reconhecimento da assinatura dos

---

<sup>22</sup> A comparação entre o custo brasileiro para abrir uma empresa e o custo de outros países do mundo indica que a ineficiência brasileira é da ordem de R\$ 264 milhões anuais (FIRJAN, 2010, p. 12).

<sup>23</sup> Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares: I – subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto; II – realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro; III – depósito, no Banco do Brasil S/A, ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro (BRASIL, 1976).

<sup>24</sup> Art. 8º A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia-geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número (BRASIL, 1976).

---

<sup>25</sup> Verifica-se que o processo de constituição da sociedade anônima por escritura pública é mais simples, não se revestindo das formalidades existentes nos demais modos de constituição (MOREIRA, 2004, p. 39).

<sup>26</sup> Art. 88. A constituição da companhia por subscrição particular do capital pode fazer-se por deliberação dos subscritores em assembleia-geral ou por escritura pública, considerando-se fundadores todos os subscritores. [...] § 2º Preferida a escritura pública, será ela assinada por todos os subscritores, e conterá: a) a qualificação dos subscritores, nos termos do artigo 85; b) o estatuto da companhia; c) a relação das ações tomadas pelos subscritores e a importância das entradas pagas; d) a transcrição do recibo de depósito referido no número III do artigo 80; e) a transcrição do laudo de avaliação dos peritos, caso tenha havido subscrição do capital social em bens (artigo 8º); e f) a nomeação dos primeiros administradores e, quando for o caso, dos fiscais (BRASIL, 1976).

sócios previamente à inscrição do documento de constituição no Registro Mercantil<sup>27</sup>. A norma colombiana tem por objetivo suprimir a duplicidade de trâmites para constituição da sociedade por ações. No Brasil, não vislumbramos qualquer dificuldade em se adotar a regra colombiana de dispensa da escritura pública para a constituição da sociedade anônima. A lei societária brasileira poderia prever uma forma de constituição da sociedade anônima simplificada por meio de um instrumento particular em substituição à exigência de escritura pública.

Villamizar sugere que apenas um dos sócios da sociedade por ações simplificada subscreva o ato de constituição da sociedade e que os demais ingressem mediante subscrição das ações (VILLAMIZAR, 2010c, p. 11). Quanto à questão da unipessoalidade da sociedade, manifestamos nossa opinião no item específico que trata da supressão dos requisitos da pluralidade dos sócios. Ainda que não prevista a unipessoalidade, não há algo impedindo que somente dois sócios da sociedade por ações simplificada subscrevam o ato de constituição da sociedade e que os demais ingressem mediante subscrição das ações.

A lei colombiana exige escritura pública somente nos casos em que a integralização do capital é feita por meio de bens imóveis<sup>28</sup>, mantendo coerência com as normas de direito privado que tratam da transferência de imóveis. No Brasil, a regra é diversa, não se exigindo escritura pública como requisito para a transferência de imóveis do sócio para a sociedade anônima<sup>29</sup>. O fundamento da dispensa é a obrigatoriedade da constituição da sociedade por meio de uma escritura pública, com todas as formalidades e cautelas a ela inerentes. A certidão dos atos constitutivos da companhia emitida pelo Registro de Empresas serve como documento hábil para a transferência no registro de imóveis dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação do capital social<sup>30</sup>. Caso seja dispensada a obrigatoriedade de escritura pública para a constituição de sociedades anônimas simplificadas no Brasil, é necessário que seja ressal-

---

<sup>27</sup> Art. 5º § 1º O documento de constituição será objeto de autenticação de maneira prévia à inscrição no Registro Mercantil da Câmara de Comércio, por aqueles que participem da sua subscrição. A autenticação poderá ser feita diretamente ou por meio de procurador (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>28</sup> Art. 5º § 2º Quando os ativos transferidos à sociedade compreendam bens cuja transferência requeira escritura pública, a constituição da sociedade deverá ser feita de igual maneira e ser inscrita também nos registros correspondentes (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>29</sup> Art. 89. A incorporação de imóveis para formação do capital social não exige escritura pública (BRASIL, 1976).

<sup>30</sup> Art. 98. [...] § 2º A certidão dos atos constitutivos da companhia, passada pelo registro do comércio em que foram arquivados, será o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação do capital social (art. 8º, § 2º) (BRASIL, 1976).

vada a obrigatoriedade de instrumento público, no caso de integralização das ações por meio de bem imóvel.

### 2.3. Deficiências de outros tipos societários

A lei colombiana da sociedade por ações simplificada busca suprir as deficiências das formas tradicionais de sociedade e a falta de adaptação dessas formas tradicionais às necessidades atuais dos empresários (VILLAMIZAR, 2010c, p. 10). Esses tipos societários apresentam preceitos imperativos que atrapalham a atividade econômica e são rigidamente disciplinados em tipos estanques, dificultando a formulação contratual de formas híbridas, que mesclam características das espécies de sociedades (VILLAMIZAR, 2010c, p. 10). Nessa linha de raciocínio do professor colombiano, podemos destacar que o novo modelo societário decorrente da evolução do direito empresarial mostra uma realidade econômica na qual se devem conciliar normas imperativas inderrogáveis, tutelando os interesses de acionistas e terceiros, e uma desregulamentação que favoreça a autonomia privada e a flexibilidade organizacional. A doutrina mais moderna do direito societário prefere substituir a expressão “tipo societário”, tradicionalmente utilizada, pela expressão “modelo societário”, mais recente.

A utilização de modelos societários significa a previsão, na legislação, de um grande número de normas derogáveis, ampliando o âmbito da autonomia estatutária, de modo a valorizar o caráter empreendedor das companhias e a sua flexibilidade (MORAIS GUIMARÃES, 2011, p. 157). O papel do legislador é fornecer regras-padrão, a serem utilizadas pelos acionistas ou afastadas por eles, cabendo a esses regular suas relações como quiserem em vez de se submeter a complexas e exaustivas regras legais impostas a toda e qualquer sociedade (MORAIS GUIMARÃES, 2011, p. 160). O papel do modelo societário estabelecido na lei é regular as relações societárias da forma mais próxima possível daquelas que os sócios assumiriam explicitamente, possibilitando, contudo, o afastamento das regras-padrão pelos acionistas. A função das regras-padrão é fornecer um modelo societário que pode ser utilizado de imediato pelos sócios ou pode ser um ponto inicial de negociação, a partir do qual podem ser barganhadas entre eles cláusulas especiais. Isso não quer dizer que não existam normas cogentes ou mandatórias. Essas têm por objetivo proteger determinadas relações societárias ou com terceiros, cabendo aos sócios, caso discordem das normas cogentes, escolher o melhor modelo societário disponível aos seus interesses.

Um ponto importante da nossa abordagem é a questão da forma de introdução das regras da sociedade anônima simplificada no ordenamen-

to jurídico brasileiro. As mudanças poderiam ser incluídas na Lei das Sociedades por Ações e valeriam para todas as sociedades anônimas de capital fechado ou elas poderiam constar de uma lei especial, que trataria de forma específica do regramento jurídico da sociedade anônima simplificada. Em nosso entendimento, a segunda opção é a que menos resistência encontraria para ser aprovada<sup>31</sup>, haja vista que não seriam alteradas as regras vigentes para as sociedades anônimas em funcionamento. As sociedades anônimas de capital fechado atualmente existentes que quisessem aderir às novas regras poderiam optar por sua transformação em sociedade anônima simplificada ou permanecer com o regramento atualmente em vigor.

#### **2.4. Caráter empresarial e objeto indeterminado**

De acordo com Villamizar, o regime jurídico da sociedade por ações simplificada suprime a dicotomia entre sociedades civis e comerciais (VILLAMIZAR, 2010c, p. 14)<sup>32</sup>. A lei colombiana permite que a sociedade por ações simplificada realize qualquer atividade comercial ou civil desde que seja lícita<sup>33</sup>. A lei brasileira permite que a companhia tenha por objeto qualquer atividade de fim lucrativo, não contrário à lei,

à ordem pública e aos bons costumes, sendo sempre mercantil e regida pelas leis e usos do comércio<sup>34</sup>. A característica da comercialidade da sociedade anônima é decorrente da forma societária escolhida e não do objeto explorado pela companhia (CARVALHOSA, 2011, p. 115). Não há distinção entre sociedade anônima comercial e sociedade anônima civil, ainda que o objeto explorado pela companhia seja uma atividade de profissionais liberais, por exemplo. Caso a lei brasileira permita a constituição de uma sociedade anônima simplificada, a eventual transformação das atuais sociedades limitadas cujo objeto é a exploração de uma atividade relacionada à área da saúde, por exemplo, implicará sua submissão ao regime da empresarialidade.

A lei colombiana prevê também que os acionistas podem optar por enunciar um objeto determinado da sociedade, mediante enunciação clara e completa das atividades principais, ou estabelecer que a companhia tenha objeto indeterminado, podendo realizar assim qualquer atividade lícita. De acordo com o autor colombiano, o objeto indeterminado permite à sociedade buscar, com liberdade, praticar os negócios jurídicos que lhe pareçam mais úteis, sem a necessidade de alterar o estatuto social. Além disso, a flexibilidade das atividades permite à sociedade por ações simplificada praticar qualquer atividade econômica sem as anacrônicas restrições derivadas da teoria da delimitação do objeto social. Essa teoria é semelhante à concepção dos atos *ultra vires*, segundo a qual os atos realizados fora do objeto são passíveis de nulidade, o que gera insegurança jurídica aos terceiros que contratam com a sociedade (VILLAMIZAR, 2010c, p. 15).

---

<sup>31</sup> As instituições são como cimento seco. O cimento pode ser arrancado depois de seco, mas o esforço para isso é considerável, sendo mais fácil alterar a substância antes que ela endureça (RHODES, 2006 apud BERNARDI, 2012).

<sup>32</sup> Art. 3º Natureza. A sociedade por ações simplificada é uma sociedade de capitais cuja natureza será sempre comercial, independentemente das atividades previstas no seu objeto social. Para efeitos tributários, a sociedade por ações simplificada será regida pelas regras aplicáveis às sociedades anônimas (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>33</sup> Art. 5º Inciso V. Uma enunciação clara e completa das atividades principais, a menos que se expresse que a sociedade poderá realizar qualquer atividade comercial ou civil, lícita. Se nada se expressa no ato de constituição, entender-se-á que a sociedade poderá realizar qualquer atividade lícita (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

---

<sup>34</sup> Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. § 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio (BRASIL, 1976).



No Brasil, a lei societária exige que o estatuto social defina o objeto de modo preciso e completo<sup>35</sup>. O objeto social é a delimitação da atividade econômica para a qual a companhia foi constituída. A delimitação do objeto de modo preciso e completo significa que ele não é enunciativo ou exemplificativo, mas exaustivo (CARVALHOSA, 2011, p. 107). É importante distinguir entre poderes implícitos (*implied powers*), incidentais ou decorrentes do objeto social, que permitem aos administradores certa discricionariedade na consecução da finalidade social, e objetos distintos (CARVALHOSA, 2011, p. 109). Aqueles são permitidos; estes não são permitidos.

A prática de ato fora do objeto permite aos acionistas e aos credores de boa-fé da sociedade responsabilizá-la pelos danos que sofrerem, cabendo a esta responsabilizar os administradores. Eles são responsabilizados por atos praticados fora do objeto social porque esses violam o estatuto, conforme veremos em item específico. A delimitação do objeto, assim, é uma forma de controle pelos acionistas dos atos dos administradores. A novidade sugerida pela lei colombiana, ao possibilitar a constituição de companhias com objeto indeterminado, implicará maiores custos de monitoramento pelos acionistas. Por outro lado, o mecanismo sugerido reforça o direito dos acionistas de decidirem de forma autônoma entre o risco de conferir aos administradores a possibilidade de praticar qualquer atividade e o benefício que pode ser gerado pelo maior grau de liberdade dos gestores.

A possibilidade de optar por um objeto indeterminado pode ser criticada por suas repercussões no âmbito criminal e tributário, inclusive quanto à facilitação para lavagem de

dinheiro. É necessário destacar, no entanto, que ações criminosas podem ser praticadas de igual forma por meio de sociedades limitadas, de sociedades anônimas ou de pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa. É claro que eventuais abusos devem ser corrigidos por meio da aplicação dos mecanismos de combate ao crime, previstos na legislação brasileira. Vale destacar ainda que o ordenamento jurídico brasileiro considera nulas todas as espécies de negócios jurídicos que tenham por objeto alguma atividade ilícita, não se permitindo que a sociedade seja usada para finalidades ilegais<sup>36</sup>.

### 3. Capitalização e autonomia estatutária

A lei colombiana procura conjugar a liberdade contratual típica das sociedades limitadas, conferindo aos acionistas autonomia para decidir sobre a organização dos poderes internos da sociedade por ações simplificada, com a capacidade de captação financeira característica das sociedades por ações. É o que veremos neste item.

#### 3.1. Flexibilidade da capitalização

A lei colombiana veda a captação de recursos pela sociedade por ações simplificada por meio da bolsa de valores em virtude de sua grande flexibilidade<sup>37</sup>. A estrutura de capital da sociedade por ações simplificada, contudo, permite diversas modalidades de ações, como as ações privilegiadas, as ações com dividendo

<sup>35</sup> Art. 2º (...) § 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo (BRASIL, 1976).

<sup>36</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; [...] (BRASIL, 2002).

<sup>37</sup> Art. 4º Impossibilidade de Negociar Valores no Mercado Público. As ações e demais valores emitidos pela sociedade por ações simplificada não poderão ser inscritos no Registro Nacional de Valores e Emissores e nem ser negociados em bolsa (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

preferencial e sem direito a voto, as ações com dividendo fixo anual e as ações de pagamento<sup>38</sup>. Na lei colombiana, não há explicação sobre as características de cada ação a que se refere a lei. A ausência de esclarecimento na própria lei sobre as diversas modalidades de ações faz com que ela perca uma das suas principais vantagens: a de facilitar a sua compreensão mediante a consulta de somente um diploma legislativo. No Código de Comércio Colombiano, está previsto que as ações podem ser ordinárias ou privilegiadas<sup>39</sup>. As ações privilegiadas conferem a seus titulares alguns privilégios, como prioridade no reembolso, dividendo preferencial ou qualquer outra prerrogativa de caráter exclusivamente econômico. O sistema é semelhante ao previsto no Brasil para as sociedades anônimas brasileiras.

No Brasil, as ações são classificadas na lei em ações ordinárias, ações preferenciais e ações de fruição<sup>40</sup>. A classificação doutrinária divide as ações, quanto à natureza dos direitos ou vantagens conferidas a seus titulares, em ordinárias ou preferenciais e, quanto ao direito de reembolso, em comuns ou de fruição (GONÇALVES NETO, 2005, p. 75)<sup>41</sup>. A ação é um bem imaterial que o acionista recebe em troca da sua contribuição para a formação do capital social e que lhe confere os direitos e obrigações previstas na lei e no estatuto social (GONÇALVES NETO, 2005, p. 74).

As ações ordinárias asseguram aos sócios o direito de participar das deliberações sociais, votando e sendo votado, de receber dividendos, de obter informações e fiscalizar os administradores, entre outros direitos. Nas companhias fechadas, a lei brasileira permite que as ações ordinárias

---

<sup>38</sup> Art. 10. Clases de Ações. Podem ser criadas diversas classes e séries de ações, incluídas as seguintes, segundo os termos e condições previstas nas normas legais respectivas: (i) ações privilegiadas; (ii) ações com dividendo preferencial e sem direito a voto; (iii) ações com dividendo fixo anual e (iv) ações de pagamento (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>39</sup> Decreto nº 410, de 1971, por meio do qual se expede o Código de Comércio. Art. 381. As ações podem ser ordinárias ou privilegiadas. As primeiras conferem a seus titulares os direitos essenciais consagrados no art. 379; as segundas, ademais, podem outorgar ao acionista os seguintes privilégios: 1 – um direito preferencial para seu reembolso em caso de liquidação até a concorrência do seu valor nominal; 2 – um direito a que dos dividendos se destine, em primeiro lugar, uma quota determinada, acumulável ou não. A acumulação não poderá estender-se a um período mais longo do que cinco anos; e 3 – qualquer outra prerrogativa de caráter exclusivamente econômico (COLOMBIA, 1971).

<sup>40</sup> Art. 15. As ações, conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confirmam a seus titulares, são ordinárias, preferenciais, ou de fruição (BRASIL, 1976).

<sup>41</sup> As ações de fruição são as resultantes da amortização das ações ordinárias ou preferenciais, como se houvesse a dissolução e liquidação da companhia. Art. 44. O estatuto ou a assembleia-geral extraordinária pode autorizar a aplicação dos lucros ou reservas no resgate ou na amortização das ações, determinando as condições e o modo de proceder-se à operação. [...] § 5º As ações integralmente amortizadas poderão ser substituídas por ações de fruição, com as restrições fixadas pelo estatuto ou pela assembleia-geral que deliberar a amortização; em qualquer caso, ocorrendo liquidação da companhia, as ações amortizadas só concorrerão ao acervo líquido depois de assegurado às ações não amortizadas valor igual ao da amortização, corrigido monetariamente (BRASIL, 1976).

sejam classificadas em classes diversas, dando maior flexibilidade à outorga de direitos a essa espécie de ação<sup>42</sup>. Essas classes diversas são divididas em função da conversibilidade em ações preferenciais, da exigência de nacionalidade brasileira do acionista ou do direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos da administração. As ações preferenciais asseguram, em tese, algumas vantagens e privilégios aos acionistas em troca de restrições no direito de voto. As vantagens são a prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo, e a prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele. As vantagens podem ser concedidas cumulativamente.

Manifestamos posição contrária à existência de ações na sociedade anônima as quais não contem com o direito ao exercício do voto pelo acionista<sup>43</sup>. O direito de voto é importante mecanismo residual de preenchimento das regras incompletas do estatuto social. O contrato de sociedade é contrato de longa duração e de execução continuada, sendo regra a sua incompletude negocial, daí a importância da reunião dos sócios para debater matérias de interesse interno e avaliação da ação administrativa (SZTAJN; VERÇOSA, 2003, p. 20). Vale destacar ainda que os acionistas têm os incentivos eficientes para a tomada de melhores decisões a favor da sociedade porque auferem os lucros e arcam com as perdas provenientes dos resultados da companhia (GORGA, 2013, p. 142). A regra da democracia societária de acordo com a qual cada ação dá direito a um voto diminui os riscos de busca de benefícios privados de controle por pequeno número de acionistas em prejuízo dos demais<sup>44</sup>.

Caso um acionista possa exercer o controle da sociedade mediante propriedade de somente 25% das ações, por exemplo, pode ser mais vantajoso para ele apropriar-se de recursos dela mediante decisões administrativas ineficientes, ainda que isso gere prejuízo para os demais acionistas. Essa decisão é mais eficiente para ele do que incentivar o aumento do lucro, pois isso poderia acarretar a distribuição de dividendos aos acionistas detentores de 75% das ações, enquanto que ele receberia somente 25%. A separação entre propriedade e controle faz com que os minoritários aumentem seus gastos no monitoramento do controlador, ampliando os

---

<sup>42</sup> Art. 15. [...] § 1º As ações ordinárias da companhia fechada e as ações preferenciais da companhia aberta e fechada poderão ser de uma ou mais classes (BRASIL, 1976).

<sup>43</sup> No mercado aberto, a Bolsa de Valores de Nova Iorque (*New York Stock Exchange*) não lista companhias que emitem ações sem direito a voto, assim como no Brasil há um segmento de listagem da Bolsa de Valores de São Paulo que não admite ações preferenciais (Novo Mercado).

<sup>44</sup> A concentração de propriedade tem um aspecto negativo chamado efeito entrincheiramento, de acordo com o qual, a partir de determinada concentração de propriedade, os maiores acionistas passam a buscar a extração de benefícios privados de controle em detrimento dos demais investidores (SAITO; SILVEIRA, 2008, p. 85)

custos de agência nas relações societárias<sup>45</sup>. A solução para a redução desses custos é a obrigatoriedade da regra uma ação-um voto.

Ressalte-se que a regra atual da lei societária brasileira estabelece a possibilidade de emissão de 50% de ações preferenciais sem direito a voto ou sujeitas à restrição no exercício do direito de voto em relação ao total das ações emitidas<sup>46</sup>. O banimento da emissão de ações preferenciais pelo eventual novo modelo societário das sociedades anônimas simplificadas não impactaria o atual cenário de distribuição acionária das sociedades anônimas de capital fechado, haja vista que as sociedades anônimas simplificadas não existem no ordenamento jurídico brasileiro e seriam mais uma opção à escolha dos empreendedores.

Érica Gorga defende a manutenção, nas sociedades anônimas de capital fechado, das ações preferenciais, pois os custos da proibição superariam os benefícios da sua emissão. Segundo ela, as companhias fechadas são constituídas por número inferior de acionistas em relação às companhias abertas, existindo maior possibilidade de monitoramento da administração pelos acionistas e maior autonomia e liberdade para os acionistas contratarem entre si (GORGA, 2013, p. 155). A nosso ver, os mesmos argumentos que justificam a extinção das ações preferenciais no caso das companhias abertas aplicam-se às companhias fechadas, haja vista que essa decisão diminui os custos de agência e a possibilidade de benefícios privados de controle<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Os custos desnecessários de agência são maiores quanto maior for o distanciamento do poder equitativo do voto (EASTERBROOK; FISCHER, apud GORGA, 2013, p. 153).

<sup>46</sup> Art. 15. [...] § 2º O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas (BRASIL, 1976).

<sup>47</sup> Podem ser citadas algumas condutas que permitem à maioria extrair benefícios privados de controle: a) recusa à repartição de dividendos; b) apropriação dos lucros da com-

### 3.2. Outros mecanismos de financiamento

O jurista colombiano afirma que, nos sistemas contemporâneos, há um crescente interesse em estruturar mecanismos jurídicos que facilitem o financiamento das sociedades. Há diversas modalidades de títulos que a sociedade pode emitir, como a ação ordinária, os bônus obrigatória ou voluntariamente conversíveis em ações, as ações privilegiadas ou com dividendo preferencial e sem direito a voto e, nos últimos anos, as ações com dividendo fixo (VILLAMIZAR, 2010c, p. 9). A lei colombiana permite aos sócios participar de forma desigual das perdas experimentadas pela companhia, em virtude de um mecanismo de capitalização denominado ação com dividendo fixo. De acordo com o autor colombiano, ela é um incentivo para os investidores colocarem dinheiro na sociedade de forma semelhante a um título de renda fixa (VILLAMIZAR, 2010c, p. 9). Cumpre salientar que a natureza jurídica das ações não se confunde com a natureza jurídica de um título de renda fixa.

A sociedade anônima pode emitir diversos títulos de diferentes espécies, especialmente debêntures, o que não é permitido às sociedades limitadas. Esse é um ponto interessante na comparação entre os dois modelos societários quanto à escolha dos sócios. Caso a sociedade necessite de recursos de terceiros para a consecução do seu objeto social, a sociedade anônima é a melhor opção, já que conta com maior opção de instrumentos jurídico-financeiros para obtenção de recursos (MOREIRA, 2004, p. 47).

---

panhia, por meio da fixação de remunerações exorbitantes em favor dos acionistas majoritários administradores ou em benefício dos seus familiares; c) estipulação de valores excessivos em contratos de arrendamento celebrados com a maioria; d) exclusão dos acionistas minoritários da administração; e) negação aos minoritários da possibilidade de trabalhar para a companhia (CARY et al. 1988, p. 334 apud VILLAMIZAR, 2010a, p. 123).

O principal instrumento na forma de um título de renda fixa são as debêntures<sup>48</sup>.

As debêntures são um mecanismo de financiamento das companhias em alternativa ao aumento de capital e ao empréstimo bancário. Elas conferem a seu titular direito de crédito contra a companhia na conformidade da escritura de emissão<sup>49</sup>. A escritura de emissão é o documento que define a data do vencimento da debênture, a taxa de juros e outras cláusulas relevantes. As debêntures têm por característica serem instrumento de captação de recursos de prazo médio ou longo, embora a lei societária não imponha um limite mínimo para vencimento da debênture. As debêntures são títulos de massa, pois são emitidos em conjuntos de títulos que conferem iguais direitos e podem ser trocados uns pelos outros. Não havendo a possibilidade de emissão de debêntures ao público investidor, mas somente a sua colocação no mercado privado, vislumbramos dificuldades na sua utilização pelas sociedades anônimas simplificadas.

### 3.3. Autonomia estatutária

A sociedade anônima de capital fechado se rege por regras da autonomia da vontade. Os acionistas se conhecem ou sabem quem são os demais, confiam nos detentores da maioria do capital acionário ou se entendem por meio de contatos pessoais (ARRUDA, 1987, p. 44). A noção de incompletude contratual é utilizada para explicar a importância das assembleias

presenciais de sócios, a fixação de quóruns deliberantes e a informação com antecedência da pauta de matérias (SZTAJN; VERÇOSA, 2003, p. 7). Ao longo da existência da sociedade e fazendo uso da autonomia da vontade, os sócios completam as regras societárias que não foram previstas por ocasião da constituição da sociedade.

A lei colombiana confere liberdade contratual aos acionistas para organização de seus poderes internos<sup>50</sup>. De acordo com o autor colombiano, a liberdade contratual se manifesta no estatuto social, aplicando-se a lei somente de forma supletiva, a não ser quanto às matérias que a lei colombiana entender de natureza obrigatória. São afastados assim os preceitos de ordem cogente que restringem as possibilidades de negociação contratual. A lei colombiana não esclarece se a sociedade por ações simplificada é regida por um contrato social ou por um estatuto social. Ela permite, no art. 5º, que a sociedade seja constituída por contrato social ou por ato unilateral, mas, nos demais artigos (6º, 8º, 9º, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 25, 26, 29, 34, 39, 40, 41 e 45), faz referência aos estatutos sociais da sociedade por ações simplificada. No art. 40, volta a mencionar o desenvolvimento do contrato social ou do ato unilateral. A lei cita a possibilidade de reformas estatutárias, mas não diz como se dará a aprovação inicial do estatuto e qual o seu conteúdo.

A liberdade de organização interna da sociedade por ações simplificada permite a ela ter apenas um administrador e representante legal

<sup>48</sup> Além das debêntures, a lei societária prevê que a companhia fechada pode emitir partes beneficiárias e bônus de subscrição. As primeiras conferem aos seus titulares direito de participação nos lucros anuais da companhia, enquanto que as segundas asseguram direito de subscrever ações do capital social, dentro do limite de aumento de capital autorizado.

<sup>49</sup> Art. 52. A companhia poderá emitir debêntures que conferirão aos seus titulares direito de crédito contra ela, nas condições constantes da escritura de emissão e, se houver, do certificado (BRASIL, 1976).

<sup>50</sup> Art. 17. Organização da Sociedade. Nos estatutos da sociedade por ações simplificada, serão determinadas livremente a estrutura orgânica da sociedade e demais normas que disciplinem seu funcionamento. À falta de estipulação estatutária, será entendido que todas as funções previstas no art. 420 do Código Comercial serão exercidas pela assembleia ou pelo acionista único e que as funções da administração estarão a cargo do representante legal (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

designado pela assembleia<sup>51</sup>. Vale destacar que a lei societária brasileira exige a organização de uma diretoria da sociedade anônima composta por dois ou mais diretores<sup>52</sup>. Não há qualquer justificativa para essa exigência, especialmente em relação às companhias de menor porte, em que se queira a adoção de um modelo de gestão simplificada, e em relação às sociedades subsidiárias integrais, nas quais há somente um acionista (GONÇALVES NETO, 2005, p. 195). Não vislumbramos qualquer razão de ordem jurídica ou econômica para se exigirem dois diretores.

O autor colombiano destaca que as companhias inscritas na bolsa de valores são caracterizadas pela incidência de uma grande quantidade de normas de ordem pública que limitam a livre estipulação contratual, ocorrendo semelhante fenômeno em relação às sociedades limitadas quanto à pluralidade de votações, cessão de quotas e outras formalidades inúteis, que são incompatíveis com as características de uma sociedade de caráter fechado (VILLAMIZAR, 2010c, p. 19).

O principal órgão de manifestação da vontade da sociedade anônima é a assembleia geral. Ela tem competência para deliberar sobre os atos mais importantes da sociedade. Na lei societária brasileira, há uma lista de matérias que são de competência privativa da assembleia geral, entre elas a reforma do estatuto social<sup>53</sup>. Na lei colombiana, o estatuto social pode dispor livremente sobre a estrutura orgânica da sociedade e demais normas que regem seu funcionamento<sup>54</sup>, à exceção da reforma do estatuto social, que é da competência da assembleia<sup>55</sup>. A lei colombiana

---

<sup>51</sup> Art. 25. Junta Diretiva. A sociedade por ações simplificada não está obrigada a ter junta diretiva, salvo previsão estatutária em contrário. Se não se estipula a criação de uma junta diretiva, a totalidade das funções de administração e representação legal será de competência do representante legal designado pela assembleia (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>52</sup> Art. 143. A Diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembleia-geral, devendo o estatuto estabelecer: [...] (BRASIL, 1976).

<sup>53</sup> Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral: I – reformar o estatuto social; II – eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142; III – tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas; IV – autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59; V – suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120); VI – deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social; VII – autorizar a emissão de partes beneficiárias; VIII – deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e IX – autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata (BRASIL, 1976).

<sup>54</sup> Art. 17. Organização da Sociedade. Nos estatutos da sociedade por ações simplificada serão determinadas livremente a estrutura orgânica da sociedade e demais normas que regem o seu funcionamento. À falta de estipulação estatutária, será entendido que todas as funções previstas no art. 420 do Código de Comércio serão exercidas pela assembleia ou pelo acionista único e que as de administração estarão a cargo do representante legal (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>55</sup> Art. 29. Reformas Estatutárias. As reformas estatutárias serão aprovadas pela assembleia, com o voto favorável de um ou vários acionistas que representem pelo menos a

apresenta vantagens no campo da autonomia organizacional em relação à lei brasileira. O detalhamento da lei brasileira é compatível com a rigidez necessária ao regramento jurídico da sociedade anônima de capital aberto, e não com a flexibilidade adequada ao funcionamento de uma sociedade anônima simplificada. A flexibilidade da lei colombiana é alcançada pela diminuição do seu detalhamento. Caso queiram, no entanto, os sócios podem alterar a estrutura de gestão, devendo nesse caso regular, de forma pormenorizada, essa modificação no estatuto social. A lei brasileira poderia flexibilizar a organização interna de uma sociedade anônima simplificada.

No Brasil, a convocação para a assembleia se dá pelos diretores, existindo casos em que o conselho fiscal, se houver, ou os sócios podem convocá-la. Na lei colombiana, a convocação para a assembleia é feita pelo representante legal da sociedade, mediante comunicação escrita dirigida a cada acionista com uma antecipação mínima de cinco dias úteis<sup>56</sup>. A lei colombiana possibilita ao sócio renunciar ao direito de ser convocado às reuniões da assembleia de acionistas<sup>57</sup>. Na lei brasileira, não há possibilidade de renúncia à convocação da reunião da assembleia. Há previsão, contudo, de uma regra de simplificação da convocação dos sócios para a assembleia no caso de companhias com menos de vinte acionistas e que tenham patrimônio líquido inferior a um milhão de reais. Nessa hipótese, a convocação poderá se dar por anúncio entregue a todos os acionistas, contra recibo, com antecedência mínima de oito dias para a primeira convocação e de cinco dias para a segunda convocação.

As demais sociedades anônimas de capital fechado devem convocar os acionistas por meio de anúncio publicado por três vezes em órgão oficial da União ou dos Estados e em jornal de grande circulação, indicando o local, a data, a hora da assembleia e a ordem do dia. O acionista que representar cinco por cento ou mais do capital social poderá ser convocado por telegrama ou carta registrada desde que assim por ele solicitado. Mais uma vez, a lei colombiana apresenta-se mais flexível que a lei brasileira.

---

metade mais uma das ações presentes na respectiva reunião. A determinação respectiva deverá constar em documento privado inscrito no Registro Mercantil, a menos que a reforma implique a transferência de bens mediante escritura pública, caso em que será regida por essa formalidade (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>56</sup> Art. 20. Convocação à Assembleia de Acionistas. Salvo estipulação estatutária em contrário, a assembleia será convocada pelo representante legal da sociedade, mediante comunicação escrita dirigida a cada acionista com uma antecedência mínima de cinco dias úteis. No aviso de convocação, será inserida a ordem do dia correspondente à reunião (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>57</sup> Art. 21. Renúncia à Convocação. Os acionistas poderão renunciar ao direito de ser convocados a uma reunião determinada da assembleia, mediante comunicação escrita enviada ao representante legal da sociedade antes, durante ou depois da sessão correspondente (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).



Na lei colombiana, há possibilidade de realização de assembleia geral fora do domicílio principal da sociedade, desde que sejam cumpridos os requisitos de quórum e convocação<sup>58</sup>. Na lei brasileira, o local da assembleia geral é o do edifício onde a companhia tiver a sede, mas pode ser realizado em outro local desde que não seja fora da localidade da sede<sup>59</sup>. A lei colombiana também nesse aspecto é mais flexível.

Na lei colombiana, salvo disposição em contrário, é necessária a presença de pelo menos um ou vários acionistas que representem a metade mais uma das ações subscritas, e as deliberações são aprovadas por voto favorável do número singular ou plural dos acionistas que representem pelo menos a metade mais uma das ações presentes, a não ser que o estatuto social requeira quórum qualificado para determinadas matérias<sup>60</sup>. Na lei brasileira, o quórum de instalação da assembleia geral é verificado pela presença de acionistas que representem pelo menos um quarto do capital social com direito a voto para primeira convocação, salvo quórum especial, e qualquer número de acionistas em segunda convocação, mas as deliberações devem ser aprovadas por maioria absoluta, se não houver necessidade de quórum qualificado<sup>61</sup>.

Essa flexibilidade, de acordo com o autor colombiano, não impede que o estatuto contenha regras de restrição à negociação das ações, evitando situações de perigo potencial, como a entrada de sócios sem a autorização da assembleia<sup>62</sup>. A lei colombiana prevê ainda que o estatuto pode impor restrições à negociação de ações desde que o prazo da restrição seja inferior a dez anos<sup>63</sup>. Essa restrição parece ter sido inspirada na legislação

---

<sup>58</sup> Art. 18. Reunión dos órgãos sociais. A assembleia de acionistas poderá reunir-se no domicílio principal ou fora dele, ainda que não esteja presente um quórum universal, sempre e quando que se cumpram os requisitos de quórum e convocatória previstos nos arts. 20 e 22 desta lei (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>59</sup> Art. 124. (...) § 2º Salvo motivo de força maior, a assembleia-geral realizar-se-á no edifício onde a companhia tiver a sede; quando houver de efetuar-se em outro, os anúncios indicarão, com clareza, o lugar da reunião, que em nenhum caso poderá realizar-se fora da localidade da sede (BRASIL, 1976).

<sup>60</sup> Art. 22. Quórum e maiorias na assembleia de acionistas. Salvo estipulação em contrário, a assembleia deliberará com um ou vários acionistas que representem pelo menos a metade mais uma das ações subscritas. As determinações serão adotadas mediante o voto favorável de um número singular ou plural de acionistas que represente pelo menos a metade mais uma das ações presentes, salvo se, no estatuto, for prevista uma maioria decisória superior para algumas ou todas as decisões (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>61</sup> Art. 129. As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco (BRASIL, 1976).

<sup>62</sup> Art. 14. Autorização para transferência das ações. Os estatutos poderão submeter toda negociação de ações ou de alguma classe delas à autorização prévia da assembleia (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>63</sup> Art. 13. Restrições à negociação das ações. Nos estatutos, poderá ser estipulada a proibição de negociar as ações emitidas pela sociedade ou alguma de suas classes, sempre que a vigência da restrição não exceda a duração de dez anos, contados a partir da emissão. Esta

francesa que trata da sociedade anônima simplificada<sup>64</sup>. Na França, é possível que o estatuto da sociedade preveja a inalienabilidade das ações por um lapso de tempo que não exceda a dez anos (TAVARES PAES, 1994, p. 273). O propósito do dispositivo é garantir segurança nas relações societárias durante um período de tempo razoável, de maneira a incentivar o acionista a investir na sociedade, sem que ele corra o risco de mudança repentina no quadro social. Note-se que a imposição no estatuto de um prazo inegociável das ações depende da aprovação unânime dos sócios, tanto para sua inserção inicial quanto para sua modificação superveniente.

O capital da sociedade anônima é constituído por ações. O termo “ação” indica o caráter predominantemente de capital da sociedade anônima. A restrição à negociação das ações poderia prejudicar os interesses dos acionistas da sociedade anônima simplificada. Nas sociedades de capital, não há qualquer restrição quanto ao ingresso de novos acionistas. O importante é a contribuição financeira do sócio, sem levar em conta suas características pessoais. É esse mecanismo que permite a livre circulação das ações. Por maior que seja a perspectiva de rentabilidade do investimento em uma sociedade anônima simplificada, um acionista não colocaria seu dinheiro na sociedade sem a possibilidade jurídica de desinvestimento. A indisponibilidade ou iliquidez absoluta equivale, no limite, à perda total do montante inicialmente disponibilizado (MOREIRA, 2004, p. 67). A impossibilidade de transferência das ações por decisão da assembleia, sem que seja dada a oportunidade ao acionista de se retirar da sociedade, parece-nos desestimular o ingresso de sócios na sociedade anônima simplificada.

No Brasil, o estatuto da sociedade anônima de capital fechado pode impor limitação à circulação das ações, desde que regule de forma detalhada as limitações, não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas<sup>65</sup>. Ainda assim, é necessário que o acionista concorde expressamente com a limitação à circulação da ação<sup>66</sup>. É possível que o

---

duação somente poderá ser prorrogada por períodos adicionais não superiores a dez anos, por vontade unânime da totalidade dos acionistas (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>64</sup> Código do Comércio. Capítulo 7: Das sociedades por ações simplificadas. [...] Art. 227-13. Os estatutos da sociedade podem prever a inalienabilidade das ações por um período não excedente a dez anos. Art. 227-14. Os estatutos podem prever a submissão de toda cessão de ações à aprovação prévia da assembleia. [...] (FRANÇA, 2014).

<sup>65</sup> Art. 36. O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas (BRASIL, 1976).

<sup>66</sup> Art. 36. [...] *Parágrafo único*. A limitação à circulação criada por alteração estatutária somente se aplicará às ações cujos titulares com ela expressamente concordarem, mediante pedido de averbação no livro de “Registro de Ações Nominativas” (BRASIL, 1976).

estatuto contenha uma previsão de preferência aos demais acionistas para aquisição da ação que o acionista da sociedade fechada queira alienar (GONÇALVES NETO, 2005, p. 88), mas essa limitação não pode simplesmente extinguir o direito de o acionista transferir suas ações. Em nosso entendimento, a previsão na lei de medidas restritivas à transferência das ações deve estar acompanhada de dispositivos compensadores, como o direito de retirada no caso de negativa da assembleia e a unanimidade dos sócios no caso de limitação temporária da transferência das ações.

#### **4. Limitação da responsabilidade e resolução de conflitos**

A lei colombiana reduz a apenas um dispositivo a limitação da responsabilidade dos sócios por obrigações da sociedade por ações simplificada, incluindo expressamente as obrigações trabalhistas e tributárias. Em somente um dispositivo, também prevê uma flexibilidade da regra da limitação mediante desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. A lei também estabelece o abuso de direito de voto do acionista que o exercer em prejuízo da sociedade por ações simplificada ou de outros acionistas. Nos casos citados, a lei colombiana institui um mecanismo de solução de conflitos que atribui a um órgão administrativo, a Superintendência de Sociedades, o poder de resolver esses conflitos. É o que veremos neste item.

##### **4.1. Limitação da responsabilidade**

A lei colombiana limita a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais ao total dos seus respectivos investimentos. A limitação da responsabilidade, salvo se decidida judicialmente pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, abrange as obrigações

trabalhistas, tributárias ou de qualquer outra natureza incorridas pela sociedade<sup>67</sup>. De acordo com Villamizar, a norma evita que se produzam fissuras no regime de limitação da responsabilidade nesse novo tipo de sociedade, já que as vantagens da limitação superam em grande medida as desvantagens (VILLAMIZAR, 2010c, p. 16). Conforme o jurista colombiano, a lei daquele País assinala, de forma explícita, que a sociedade por ações simplificada será regida, para efeitos tributários, pelas regras aplicáveis às sociedades anônimas, não existindo responsabilidade subsidiária dos acionistas por obrigações tributárias, de acordo com o previsto no Estatuto Tributário (VILLAMIZAR, 2010c, p. 18).

A novidade da lei colombiana é a inclusão, na regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade, de uma referência expressa às obrigações trabalhistas e tributárias. No Brasil, existem regras especiais que regulam as responsabilidades trabalhistas e tributárias com reflexo no patrimônio particular dos sócios. O dispositivo não menciona as obrigações consumeristas e ambientais, mas essas obrigações podem ser consideradas incluídas pela menção genérica, na limitação da responsabilidade, às obrigações de qualquer outra natureza incorridas pela sociedade. De acordo com a lei colombiana, somente no caso de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade é que os sócios podem ser responsabilizados pelas obrigações sociais, conforme será visto mais adiante em item específico deste artigo.

A sociedade anônima de capital fechado tem uma vantagem para o sócio em relação à sociedade limitada: a responsabilidade pela

---

<sup>67</sup> Art. 1º Constituição [parte final]. Salvo o previsto no art. 42 da presente lei, os acionistas não serão responsáveis pelas obrigações trabalhistas, tributárias ou de qualquer outra natureza incorridas pela sociedade (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

integralização é limitada ao valor da ação subscrita ou adquirida<sup>68</sup>. Essa característica implica menor custo de monitoramento do patrimônio dos demais sócios, pois o acionista não terá que arcar com a integralização de parcelas do capital devidas pelos outros acionistas<sup>69</sup>.

Existem algumas hipóteses de responsabilização do sócio pela devida integralização do capital social. No momento da constituição da sociedade anônima, os sócios se responsabilizam pela subscrição das ações por eles tomadas para a formação do capital social, que pode ser posteriormente aumentado ou diminuído. A primeira hipótese de responsabilização dos sócios é pela integralização do capital social da sociedade anônima. Os sócios devem indicar o momento em que os recursos prometidos serão entregues à sociedade<sup>70</sup>. Caso o sócio não pague as ações subscritas, ele é considerado remisso, e compete à companhia promover contra ele processo de execução para cobrar as importâncias devidas<sup>71</sup>. Caso não consiga o pagamento para integralização das ações, a companhia pode tomá-las para si ou reduzir o capital em importância correspondente<sup>72</sup>. A segunda hipótese de responsabilização dos sócios é pela alienação das ações. O sócio alienante é responsável solidariamente com o adquirente pela integralização das prestações que faltarem para completar o montante subscrito<sup>73</sup>. Caso não houvesse essa regra, os sócios e os credores teriam que monitorar o patrimônio dos demais acionistas, para obter a informação sobre o patrimônio do adquirente, implicando custos de monitoramento. Caso o patrimônio deste fosse menor do que o patrimônio do alienante, o risco de não integralização das ações subscritas seria maior. A terceira

---

<sup>68</sup> Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (BRASIL, 1976).

<sup>69</sup> Cumpre lembrar que, na sociedade limitada, o sócio é responsável pela integralização de todo o capital, incluindo as quotas não integralizadas pelos demais sócios.

<sup>70</sup> Art. 106. O acionista é obrigado a realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas (BRASIL, 1976).

<sup>71</sup> Art. 107. Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à sua escolha: I – promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (artigo 108), processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição e o aviso de chamada como título executivo extrajudicial nos termos do Código de Processo Civil [...] (BRASIL, 1976).

<sup>72</sup> Art. 107 § 4º Se a companhia não conseguir, por qualquer dos meios previstos neste artigo, a integralização das ações, poderá declará-las caducas e fazer suas as entradas realizadas, integralizando-as com lucros ou reservas, exceto a legal; se não tiver lucros e reservas suficientes, terá o prazo de 1 (um) ano para colocar as ações caídas em comissão, findo o qual, não tendo sido encontrado comprador, a assembleia-geral deliberará sobre a redução do capital em importância correspondente (BRASIL, 1976).

<sup>73</sup> Art. 108. Ainda quando negociadas as ações, os alienantes continuarão responsáveis, solidariamente com os adquirentes, pelo pagamento das prestações que faltarem para integralizar as ações transferidas. *Parágrafo único*. Tal responsabilidade cessará, em relação ao alienante, no fim de 2 (dois) anos a contar da data da transferência das ações (BRASIL, 1976).

hipótese de responsabilização dos sócios é pela exata avaliação desses bens conferidos ao capital social. O subscritor que contribuir para a formação do capital social com bens responde perante a companhia por danos na avaliação desses bens<sup>74</sup>. Além disso, o subscritor responde civilmente de forma idêntica à de um vendedor dos bens<sup>75</sup>. Nas hipóteses citadas, se o sócio tiver devidamente integralizado todas as suas ações subscritas, nada mais poderá ser exigido dele, limitando-se, portanto, a sua responsabilidade às obrigações da sociedade. No próximo item, veremos as hipóteses de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

## 4.2. Desconconsideração da personalidade jurídica

A chamada desconconsideração da personalidade jurídica implica somente desconhecer o sistema de limitação da responsabilidade dos acionistas nas sociedades de capital, permitindo uma comunicação patrimonial entre algum ou alguns dos acionistas – em geral, daqueles que detêm o controle – e a sociedade por ações (VILLAMIZAR. 2010c, p. 23). As hipóteses previstas na lei colombiana para a desconconsideração da personalidade jurídica são a fraude à lei e o prejuízo a terceiros<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Art. 8º § 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido; no caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária (BRASIL, 1976).

<sup>75</sup> Art. 10. A responsabilidade civil dos subscritores ou acionistas que contribuírem com bens para a formação do capital social será idêntica à do vendedor. *Parágrafo único*. Quando a entrada consistir em crédito, o subscritor ou acionista responderá pela solvência do devedor (BRASIL, 1976).

<sup>76</sup> Art. 42. Desconconsideração da Personalidade Jurídica. Quando se utilizar a sociedade por ações simplificada em fraude à lei ou em prejuízo a terceiros, os acionistas e os administradores que tiverem realizado, participado ou facilitado os atos fraudatórios responderão solidariamente pelas obrigações nascidas de tais atos e pelos prejuízos

A hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica pela utilização da sociedade por ações simplificada em prejuízo a terceiros parece significar que os credores involuntários ou não negociais da sociedade podem requerer a desconconsideração da personalidade jurídica, sempre que não conseguirem encontrar, na sociedade, bens que sejam suficientes para o pagamento dos seus créditos. Essa interpretação corresponde à denominada teoria menor da desconconsideração da personalidade jurídica e, na prática, elimina a regra da limitação da responsabilidade.

A chamada teoria maior da desconconsideração da personalidade jurídica é mais bem elaborada e exige a presença de determinados requisitos para a decretação da desconconsideração, como a utilização da sociedade por ações simplificada como meio de fraude à lei<sup>77</sup>. As pessoas jurídicas são criadas para o cumprimento de determinadas funções, tais como a de atingir objetivos pela soma de esforços e recursos que uma pessoa isoladamente não conseguiria, e a de limitar riscos empresariais. Caso haja um desvio do instituto da limitação da responsabilidade de caráter subjetivo com o objetivo de fraudar a lei, deve ser dada ênfase ao elemento ético na interpretação do ordenamento jurídico,

causados. A declaração de nulidade dos atos fraudatórios será realizada perante a Superintendência de Sociedades, mediante o procedimento verbal sumário. A ação indenizatória decorrente dos possíveis prejuízos derivados dos atos fraudatórios será de competência, por prevenção, da Superintendência de Sociedades ou dos juízes civis do circuito especializado, e na falta desses, dos civis do circuito do domicílio do demandante, mediante a tramitação do processo verbal sumário (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>77</sup> A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica ganhou relevância na década de 50 com a tese de doutorado defendida na Universidade de Tübingen, na Alemanha, por Rolf Serick, em 1953. Na obra, o autor destaca que os casos de abuso servem para mostrar as exceções que sofrem a regra de que os direitos e obrigações da sociedade não podem nunca ser considerados como direitos e obrigações dos sócios ou o inverso (SERICK, 1958, p. 259).

reconhecendo-se limites iminentes ao exercício de direitos<sup>78</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, está prevista hipótese de desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil, que prevê, no caso de abuso da personalidade jurídica por desvio de finalidade ou confusão patrimonial, que o juiz pode decidir que os efeitos de determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica<sup>79</sup>. A respeito do tema, Fábio Konder Comparato, por meio de critério objetivista, afirma que a desconsideração é sempre feita em função do poder de controle societário, sendo a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada o fator predominante para a desconsideração da personalidade jurídica (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 450). O professor Rubens Requião, defensor de critérios subjetivistas de desconsideração da personalidade jurídica, considera presentes os requisitos para a desconsideração quando a pes-

---

<sup>78</sup> As hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica são casuísticas, sendo diversos os casos na jurisprudência brasileira de desconsideração, conforme destaca Lamartine Correa. O autor identificou quatro grupos de decisões: a) decisões que reconhecem vinculação da pessoa jurídica a um contrato firmado pelo sócio majoritário; b) decisões que visam coibir fraude à lei, como no caso em que há mistura de patrimônios, transferência de boa parte dos bens da pessoa natural para a pessoa jurídica, uso na residência do sócio de bens supostamente pertencentes à pessoa jurídica e jogo dúbio com os credores: ora o sócio se apresenta como pessoa natural, ora como pessoa jurídica; c) decisões que desconsideram a personalidade jurídica para determinados efeitos processuais, como no caso em que os dois sócios são citados em um processo, não comparecem e depois alegam legitimidade de sociedade cuja existência não haviam informado; e d) decisões que estendem a responsabilidade ao sócio no caso de insolvência, como no caso em que a sociedade é executada e não mais existe, não foi feita a baixa e não foram encontrados bens de sua propriedade (OLIVEIRA, 1979, p. 521 e segs.).

<sup>79</sup> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (BRASIL, 2002).

soa jurídica tiver sido instrumento de fraude ou de abuso de direito imputáveis aos sócios<sup>80</sup>. Se a pessoa jurídica é mero escudo para a atuação de outras pessoas, é necessário perquirir se uma pessoa natural que defendesse seus interesses agiria como age a pessoa jurídica.

Na legislação tributária, na legislação do trabalho, na legislação consumerista, na legislação ambiental e na legislação de defesa da concorrência, existem hipóteses nas quais está prevista a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. A limitação da responsabilidade permite aos sócios beneficiar-se do lucro das atividades econômicas, transferindo os riscos e os custos de eventual insucesso aos credores involuntários. A legislação busca relativizar a limitação da responsabilidade em relação aos credores involuntários, com o objetivo de resguardar interesses no âmbito tributário, trabalhista, consumerista, concorrencial e ambiental. No âmbito tributário, a legislação não utiliza a expressão “desconsideração da personalidade jurídica”, mas prevê responsabilidade dos sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas, quando houver impossibilidade de exigir da sociedade o cumprimento da obrigação principal, e responsabilidade pessoal dos diretores pelas obrigações tributárias por atos praticados com excesso de poderes, infração da lei ou do estatuto<sup>81</sup>. No âmbito trabalhista,

---

<sup>80</sup> O professor Requião, citando Jossierand, destaca que a sociedade é constituída para cumprir sua finalidade social e, se ela for conforme a lei, mas contrária a essa finalidade, a sua criação é abusiva (REQUIÃO, 1969, p. 16).

<sup>81</sup> Código Tributário Nacional. Seção III. Responsabilidade de Terceiros. Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. [...] Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto: [...] III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL, 1966).



não há uma regra expressa que determine a relativização da limitação da responsabilidade dos sócios, mas os trabalhadores contam com uma Justiça do Trabalho própria que julga reclamações em que se pede a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. No campo consumerista, existe regra expressa de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação do estatuto em detrimento do consumidor. A desconsideração também é efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade de pessoas jurídicas provocados por má administração<sup>82</sup>. Na legislação ambiental, há dispositivo expresso que afasta a limitação da responsabilidade sempre que ela for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente<sup>83</sup>. No âmbito da defesa da concorrência, a regra é semelhante ao formato de desconsideração previsto para a defesa do consumidor<sup>84</sup>.

As hipóteses de relativização da responsabilidade dos sócios e dos administradores no campo tributário têm uma peculiaridade em

relação às demais áreas citadas. Elas estão definidas em lei complementar, conforme comando constitucional. As demais hipóteses citadas estão estabelecidas em sede de lei ordinária. A vantagem da regra colombiana é conseguir condensar, em apenas um dispositivo, as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica<sup>85</sup>, o que poderia ser adotado no Brasil.

### 4.3. Abuso de direito e responsabilidade dos administradores

A lei colombiana, na parte referente ao abuso de direito, é inspirada no Direito Comparado, especialmente pela produção jurisprudencial desenvolvida na França e pela alteração da lei societária brasileira de 2001. De acordo com o jurista colombiano, neste último caso, com evidente sentido prático, o regime brasileiro não só reduziu a uma simples norma positiva o abuso de direito, como também equiparou o ato abusivo ao ato ilícito (VILLAMIZAR, 2010c, p. 22). De acordo com a lei colombiana, os acionistas devem exercer o direito de voto no interesse da companhia<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Código de Defesa do Consumidor. Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (BRASIL, 1990).

<sup>83</sup> Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (BRASIL, 1998).

<sup>84</sup> Defesa da Concorrência. Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. *Parágrafo único.* A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (BRASIL, 2011).

---

<sup>85</sup> Conforme destaca Oksandro Gonçalves, além das hipóteses previstas no art. 50 do Código Civil, a legislação extravagante contém uma série de situações nas quais a responsabilidade dos sócios pode ser relativizada, tendo como característica geral a indeterminação e a vacuidade que dão margem a interpretações elásticas que desprestigiam o instituto e abrem brechas a abusos que enfraquecem a responsabilidade limitada (GONÇALVES, 2011, p. 149).

<sup>86</sup> Art. 43. Abuso de Direito. Os acionistas deverão exercer seu direito de voto no interesse da companhia. Será considerado abusivo o voto exercido com o propósito de causar dano à companhia ou a outros acionistas ou de obter para si ou para um terceiro vantagem injustificada, assim como o voto do acionista que possa resultar em prejuízo para a companhia ou para os outros acionistas. Quem abusar dos direitos de acionista nas determinações adotadas na assembleia, responderá pelos danos que ocasionar, sem prejuízo que a Superintendência de Sociedades possa declarar a nulidade absoluta da determinação adotada, pela ilicitude do objeto. A ação de nulidade absoluta e a de indenização por prejuízos da determinação respectiva poderão ser exercidas tanto nos casos de abuso da maioria, como nos da minoria e de paridade. O trâmite correspondente será



A regra é semelhante no ordenamento jurídico brasileiro<sup>87</sup>. É considerado abusivo o voto exercido pelo acionista com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas<sup>88</sup>. De acordo com Gonçalves Neto, o abuso somente pode ser examinado em cada caso concreto. Ele cita como exemplos um voto discordante que contenha acusações infundadas à administração da companhia, um voto sem justificativa rejeitando as contas e um voto que nega a aprovação de determinada matéria importante para a sociedade sob fundamento fútil (GONÇALVES NETO, 2005, p. 136).

Quanto à questão da responsabilidade dos administradores, na lei brasileira, a sociedade anônima é administrada e representada de forma privativa por uma diretoria composta de, no mínimo, duas pessoas naturais residentes no País. No termo de posse do livro de atas da diretoria, é necessário que conste a qualificação e o prazo de gestão, bem como que se indique pelo menos um domicílio no qual serão recebidas as citações e intimações em processos administrativos e judiciais relativos a atos da gestão. A nomeação do administrador deve ser arquivada no registro mercantil com a finalidade de dar conhecimento do fato a terceiros. Uma vez nomeado, o administrador pode se afastar da função por meio da renúncia, pelo término do prazo da gestão e pela destituição. Em todos os casos, deve ser arquivada a cessação do exercício do cargo de administrador no registro mercantil.

A lei colombiana não contém uma relação de deveres dos administradores da sociedade por ações simplificada, fazendo-se referência a outra lei colombiana que conta com dispositivos sobre esses deveres<sup>89</sup>. A lei colombiana prevê que os administradores devem exercer suas atividades de boa-fé, com a lealdade e a diligência de um bom homem de negócios, atuando no interesse da sociedade e de seus sócios<sup>90</sup>. Na lei brasileira,

---

realizado perante a Superintendência de Sociedades mediante processo verbal sumário (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>87</sup> O processo de formação de deliberações, a administração e o exercício do controle, assim como os deveres a que se submetem a administração e o controlador da sociedade anônima, já se consolidaram na doutrina e na jurisprudência brasileira (WARDE JÚNIOR; DE CASTRO, 2012).

<sup>88</sup> Art. 115. O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas (BRASIL, 1976).

<sup>89</sup> Art. 27. Responsabilidade dos Administradores. As regras relativas à responsabilidade legal da sociedade por ações simplificada quanto à sua junta diretora e demais órgãos de administração, se houver (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>90</sup> Art. 23. Deveres dos Administradores. Os administradores devem empregar de boa-fé, com lealdade e com a diligência de um bom homem de negócios. Suas atuações serão cumpridas no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses de seus sócios (COLOMBIA, 1995, tradução nossa).

constam deveres de diligência, de ausência de desvio de poder e de lealdade do administrador, não havendo maiores diferenças, nesse ponto, em relação à lei colombiana.

O dever de diligência significa que o administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar nos seus próprios negócios<sup>91</sup>. A obrigação do administrador de buscar o lucro sendo leal e diligente não significa que os resultados da sociedade serão positivos, mas que, se ele agir observando esses deveres, não poderá ser responsabilizado por eventuais resultados adversos da sociedade (MOREIRA, 2004, p. 55).

O dever de não praticar desvio de poder significa que o administrador deve observar não somente as formalidades legais e estatutárias da companhia, mas também as suas formalidades econômicas e sociais<sup>92</sup>. São exemplos de desvio de poder o administrador praticar ato de liberalidade à custa da companhia ou, sem autorização, receber de terceiros qualquer vantagem pessoal em decorrência do exercício de seu cargo.

O dever de lealdade significa que o administrador deve buscar os interesses da sociedade em vez de seus interesses pessoais<sup>93</sup>. São vedados o uso em benefício próprio de oportunidades

comerciais, a omissão na proteção de direitos da companhia e a aquisição de bem necessário à companhia para revender com lucro.

O administrador responde, ainda, pelos prejuízos que causar quando atuar com culpa ou dolo ainda que dentro de suas atribuições ou poderes ou quando proceder com violação à lei ou ao estatuto. O administrador da sociedade anônima é responsável ainda pelos atos dos demais administradores se não levar ao conhecimento dos órgãos competentes a sua divergência. Trata-se de um dever legal de controlar a atuação dos demais administradores (MOREIRA, 2004, p. 57).

Desse modo, com o objetivo de reduzir a necessidade e os custos de monitoramento dos administradores pelos acionistas, a lei prevê determinados deveres fiduciários dos administradores, de maneira a exigir deles um comportamento diligente e leal.

Na sociedade anônima, vigora o princípio da intangibilidade do capital social, devendo os administradores repor as quantias distribuídas em prejuízo do capital social, dispensando-se os acionistas da restituição, a não ser que tenham agido de má-fé<sup>94</sup>. Observe-se que a obrigação de repor as quantias distribuídas em prejuízo do capital recai sobre os administradores, e não sobre os sócios, como ocorre no caso da sociedade limitada.

---

<sup>91</sup> Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios (BRASIL, 1976).

<sup>92</sup> Art. 154. O administrador deve exercer suas atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa (BRASIL, 1976).

<sup>93</sup> Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III – adquirir, para

---

revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir (BRASIL, 1976).

<sup>94</sup> Art. 201. A companhia somente pode pagar dividendos à conta do lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros; e à conta de reserva de capital, no caso das ações preferenciais de que trata o § 5º do artigo 17. § 1º A distribuição de dividendos com inobservância do disposto neste artigo implica responsabilidade solidária dos administradores e fiscais, que deverão repor à caixa social a importância distribuída, sem prejuízo da ação penal que no caso couber. § 2º Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste (BRASIL, 1976).

O regime de responsabilidade dos administradores é complementado com o conceito de administrador de fato. A lei colombiana prevê expressamente a responsabilidade do administrador de fato, que é aquele que se imiscui na atividade de gestão da sociedade<sup>95</sup>. O objetivo da previsão legal do administrador de fato é garantir padrões de conduta elevados por parte dos acionistas, ainda que eles não participem diretamente da administração da companhia (VILLAMIZAR, 2010a, p. 122). São citados pelo autor colombiano alguns precedentes no direito norte-americano e na doutrina e jurisprudência francesas. Os precedentes norte-americanos referem-se aos abusos da maioria em relação à minoria em companhias de capital fechado. A jurisprudência norte-americana aplica, de forma extensiva, os deveres dos administradores aos acionistas majoritários, quando estes agem em detrimento dos interesses dos minoritários, assemelhando-se amplamente ao conceito de administrador de fato (VILLAMIZAR, 2010a, p. 125). A doutrina francesa considera administrador de fato a pessoa que, desprovida de um mandato, interfere e se imiscui no funcionamento da sociedade com a finalidade de exercer, de forma soberana e independente, uma atividade positiva de gestão, direção ou administração, substituindo os administradores no processo de tomada de decisões. Os administradores de fato podem ser sócios, concedentes de crédito, familiares ou empregados (VILLAMIZAR, 2010a, p. 126). Acreditamos que o regime do administrador de fato pode ser introduzido no ordenamento jurídico do País.

#### 4.4. Resolução de conflitos

A lei colombiana prevê que a Superintendência de Sociedades é competente para resolver os assuntos referentes à execução específica das obrigações ajustadas em acordos de acionistas, aos conflitos societários, à desconsideração da personalidade jurídica e ao abuso de direito<sup>96</sup>. A Superintendência de Sociedades é um órgão administrativo<sup>97</sup> ao qual

---

<sup>95</sup> Art. 27. [...] *Parágrafo único*. As pessoas naturais ou jurídicas que, sem ser administradores de uma sociedade por ações simplificada, imiscuem-se na atividade positiva de gestão, administração ou direção da sociedade, serão incorridas nas mesmas responsabilidades e sanções aplicáveis aos administradores (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>96</sup> Art. 44. Atribuição de Poderes Jurisdicionais. As funções jurisdicionais a que se referem os arts. 24 [acordo de acionistas], 40 [resolução de conflitos societários], 42 [desconsideração da personalidade jurídica] e 43 [abuso de direito] serão exercidas pela Superintendência de Sociedades, com fundamento no previsto no art. 116 da Constituição Política (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

<sup>97</sup> Conforme informação disponibilizada no seu endereço eletrônico, a Superintendência de Sociedades é um órgão técnico, vinculado ao Ministério do Comércio, Indústria e Turismo, com personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e patrimônio próprio, mediante o qual o Presidente da República exerce a inspeção, a vigilância e o controle das sociedades mercantis, assim como as atribuições previstas na lei em relação a outros entes,

foi atribuída função jurisdicional, conforme permissão constitucional colombiana<sup>98</sup>.

No Brasil, a Constituição da República dispõe, entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito do cidadão<sup>99</sup>. A transferência do poder jurisdicional do Poder Judiciário para o Poder Executivo implica problemas relacionados à separação de poderes e às garantias do cidadão, expressos nas prerrogativas dos juízes de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios<sup>100</sup>. Os conflitos societários, de acordo com a lei colombiana, são julgados naquele País por pessoas sem as garantias inerentes ao exercício da magistratura. O autor colombiano afirma que a recente Lei de Reforma do Estatuto da Administração da Justiça da Colômbia contém dispositivo que garante ao jurisdicionado recorrer sempre aos órgãos do Ramo Jurisdicional do Estado, nos termos e nas condições que determine a lei, contra sentenças ou decisões definitivas que, em assuntos judiciais, adotem as autoridades

---

pessoas jurídicas e pessoas naturais. Disponível em: <<http://portal.supersociedades.gov.co>>. Acesso em: 1º nov. 2013>.

<sup>98</sup> Art. 116. [...] Excepcionalmente, a lei poderá atribuir função jurisdicional em matérias específicas a determinadas autoridades administrativas. Sem embargo, não será permitida a ela adiantar a instrução de sumários nem julgar delitos (COLOMBIA, 1991, tradução nossa).

<sup>99</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito; [...] (BRASIL, 1988).

<sup>100</sup> Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I. [...] (BRASIL, 1988).

administrativas excepcionalmente designadas para isso (VILLAMIZAR, 2010a, p. 108, nota 4)<sup>101</sup>. Esse dispositivo torna sem efeito a previsão de desjudicialização dos conflitos societários mediante transferência das atribuições jurisdicionais a órgãos administrativos.

Poderia ser alegado que é opção dos sócios a escolha de uma espécie societária diferenciada denominada sociedade anônima simplificada, que contém obrigatoriamente um dispositivo que prevê a solução dos conflitos por órgão administrativo. Bastaria ao sócio exercer opção pela constituição de outro tipo societário tradicional para que ele não fosse submetido a um tribunal administrativo. É um bom argumento, mas dificilmente encontraria fundamento no texto constitucional brasileiro, que não permite o afastamento do Poder Judiciário da apreciação de lesão a direitos. Além disso, cabe destacar que, entre as matérias submetidas à Superintendência de Sociedades, encontra-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, que envolve interesses de credores não voluntários da sociedade, como as vítimas de acidentes e o meio ambiente.

Questão diversa é a possibilidade de os sócios, mediante declaração de vontade, recorrerem à arbitragem para a solução extrajudicial dos conflitos. Nesse caso, não há monopólio do Poder Judiciário (MARTINS, 2012, p. 28). Não há supremacia do Estado em relação à vontade

---

<sup>101</sup> Lei nº 1.285, de 22 de janeiro de 2009, por meio da qual se reforma a Lei nº 270, de 1996 (Estatuto da Administração da Justiça). Art. 3º [...] Excepcionalmente, a lei poderá atribuir funções jurisdicionais a certas e determinadas autoridades administrativas para que conheçam de assuntos que por sua natureza ou quantia possam ser resolvidos por aquelas de maneira adequada e eficaz. Nesse caso, a lei discriminará as competências, as garantias do devido processo e as demais condições necessárias para proteger de forma apropriada os direitos das partes. Contra as sentenças ou decisões definitivas que em assuntos judiciais adotem as autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para isso, sempre é possível recorrer aos órgãos do Ramo Jurisdicional do Estado, nos termos e condições que determine a lei (COLOMBIA, 2009, tradução nossa).

individual dos jurisdicionados de buscar uma solução privada dos conflitos. Os sócios podem transacionar seus direitos disponíveis com o efeito de criá-los, extingui-los ou modificá-los. Se os sócios podem transacionar ou renunciar aos direitos por meio de um negócio jurídico privado, não é obrigatória a utilização do Poder Judiciário sempre que um direito é discutido no âmbito privado (MARTINS, 2012, p. 29). Outro argumento que não merece prosperar é o do monopólio do Poder Judiciário para decidir sobre questões que os sócios resolvam levar a um terceiro desinteressado. O Poder Judiciário não exerce um monopólio da justiça, como se toda ela coubesse dentro do Estado. É possível a utilização de particulares, investidos de autoridade, para resolver conflitos, desde que haja manifestação de vontade dos sócios fundada na autonomia privada.

Na resolução de conflitos societários, a lei colombiana prevê expressamente a possibilidade de submissão do conflito à decisão arbitral ou de mediadores<sup>102</sup>. Ressalte-se que a referência na lei à opção pela arbitragem consta somente da hipótese de resolução de conflitos societários. As demais hipóteses de acordo de acionistas, desconsideração da personalidade jurídica e abuso de direito não contam com a previsão de escolha da arbitragem, remetendo-se o litígio diretamente à Superintendência de Sociedades.

O autor colombiano afirma que a análise empírica demonstrou que, naquele País, não havia litígio societário. As regras de Direito Societário não estavam tendo a função de proteção dos interesses dos sócios. Poucas vezes, eles acionavam as instâncias jurisdicionais, por falta de confiança, pela lentidão dos litígios e seus custos, e pela ausência de conhecimento especializado dos juízes sobre complexas questões societárias. No âmbito da arbitragem, o número de processos também era pequeno, dado que o Código Comercial não permitia submeter à arbitragem as ações de impugnação de determinações da assembleia e da diretoria. Desse modo, os principais conflitos societários, que ocorrem na assembleia geral de acionistas, eram excluídos do âmbito de abrangência da arbitragem (VILLAMIZAR, 2010a, p. 107).

Esse autor continua afirmando que o objetivo da lei colombiana, ao possibilitar a submissão do conflito societário à arbitragem, foi o de conferir maior efetividade às regras societárias e aos interesses por ela protegidos. Os potenciais litigantes desistiam de fazer valer seus direitos

---

<sup>102</sup> Art. 40. Resolução de Conflitos Societários. As diferenças que ocorram aos acionistas entre si, ou com a sociedade ou seus administradores, em desenvolvimento do contrato social ou do ato unilateral, incluída a impugnação de determinações da assembleia ou da junta diretiva com fundamento em qualquer das causas legais, poderão se submeter a decisão arbitral ou de composição amigável, se assim se acorda nos estatutos (COLOMBIA, 2008, tradução nossa).

na Justiça em virtude dos custos do litígio, que envolvem o pagamento de honorários advocatícios, e da demora do processo<sup>103</sup>. O sócio que tenha agido corretamente consegue uma conciliação com os demais em condições mais adequadas se os juízes resolverem os conflitos de forma eficiente, aumentando a credibilidade da ameaça de demandas judiciais contra transgressões legais (VILLAMIZAR, 2010a, p. 108).

A nosso ver, o mecanismo da arbitragem pode colaborar para uma maior rapidez na resolução dos conflitos societários e para sua apreciação por pessoas especializadas na matéria. Não se permite, contudo, sob o pretexto de dar celeridade à resolução dos litígios, transferir funções jurisdicionais a órgãos administrativos sem que os interessados manifestem sua concordância.

## 5. Considerações finais

Apresentam-se, a seguir, as linhas conclusivas assumidas no presente trabalho.

A constituição de um novo tipo societário de sociedade anônima de capital fechado, com ênfase na simplicidade de suas regras jurídicas, pode ser uma boa opção para a classe empresarial.

Quanto à constituição da sociedade anônima simplificada por uma única pessoa natural, não há qualquer impedimento jurídico ou econômico para que a legislação não permita a aplicação subsidiária à empresa individual de responsabilidade limitada das regras da eventual sociedade anônima simplificada. A revogação da exigência de nacionalidade brasileira da sociedade con-

troladora da sociedade subsidiária integral, no caso da sociedade anônima simplificada, pode ser um importante instrumento de captação de investimentos estrangeiros pelo País.

A lei brasileira poderia determinar uma forma de constituição da sociedade anônima simplificada por meio de um instrumento particular em substituição à exigência de escritura pública. Caso seja dispensada a obrigatoriedade de escritura pública para a constituição das sociedades anônimas simplificadas no Brasil, é necessária a ressalva à obrigatoriedade de instrumento público, no caso de integralização das ações por meio de bem imóvel.

Os tipos societários tradicionais são rigidamente disciplinados em tipos estanques, dificultando a formulação contratual de formas híbridas que mesclam características das espécies de sociedades. A doutrina mais moderna do Direito Societário prefere atualizar a expressão tradicionalmente utilizada de “tipo societário” para a expressão mais recente de “modelo societário”.

A possibilidade de constituição de sociedades anônimas simplificadas com objeto indeterminado implicará maiores custos de monitoramento dos administradores pelos acionistas. Caberá a estes decidir entre o risco de conferir aos administradores a possibilidade de praticar qualquer atividade e o benefício que pode ser gerado pelo maior grau de liberdade dos gestores.

Caso a lei brasileira permita a constituição de uma sociedade anônima simplificada, a eventual transformação das atuais sociedades limitadas implicará sua submissão ao regime da comercialidade.

A estrutura de capital da sociedade anônima simplificada poderia permitir diversas modalidades de ações. O banimento da emissão de ações sem direito a voto das sociedades anônimas simplificadas, contudo, colaboraria para reduzir os custos desnecessários de agência su-

---

<sup>103</sup> Nos países subdesenvolvidos, o aparato estatal é caro, demorado, inseguro, tendencioso, corrupto, fraco ou simplesmente inexistente. Os processos judiciais na Índia, por exemplo, levariam trezentos e vinte e quatro anos para serem julgados, ainda que não fossem criados novos processos (DIXIT, 2004, p. 3).

portados pelos acionistas minoritários e os eventuais benefícios privados de controle. Caso necessite de recursos de terceiros para a consecução de seu objeto social, a sociedade anônima simplificada conta com a opção de emitir debêntures.

A lei brasileira poderia flexibilizar o funcionamento e a organização interna de uma sociedade anônima simplificada. Não há qualquer justificativa para exigir que a diretoria da sociedade anônima simplificada seja composta de dois ou mais diretores. A lei poderia ainda possibilitar ao sócio renunciar ao direito de ser convocado à reunião da assembleia de acionistas e adotar o quórum de aprovação por maioria simples, se não houver necessidade de quórum qualificado na forma do estatuto social.

A impossibilidade de transferência das ações por decisão da assembleia, sem que seja dada oportunidade ao acionista de se retirar da sociedade, parece-nos desestimular o ingresso de sócios na sociedade anônima simplificada.

Na sociedade anônima simplificada, é importante que os sócios não sejam responsáveis pelas obrigações trabalhistas, tributárias ou de qualquer outra natureza incorridas pela sociedade, a não ser que seja determinada a desconsideração da personalidade jurídica. As hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, que estão esparsas no ordenamento jurídico, poderiam ser condensadas em apenas um dispositivo.

O abuso de direito de voto e o regime de responsabilidade dos administradores deveriam ser mantidos em relação à sociedade anônima simplificada, complementando-se o regime de responsabilidade com o conceito de administrador de fato.

O mecanismo da arbitragem pode colaborar para uma maior rapidez na resolução dos conflitos societários e para sua apreciação por pessoas especializadas na matéria. Não é razoável, contudo, sob o pretexto de dar celeridade à resolução dos litígios, transferir funções jurisdicionais a órgãos administrativos, sem que os interessados manifestem sua concordância.

## Referências

ARRUDA, Maria Clara da Silveira Villasboas. Companhia Aberta x Companhia Fechada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nova série, v. 26, n. 65, p. 42-63, jan./mar. 1987.

BARBOSA, Leonardo Garcia. Restrições ao Exercício de Empresa por Estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 199, p. 349-364, jul./set. 2013.

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência de trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas. *Perspectivas*, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun. 2012.



BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. [Código Tributário Nacional]. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, 15 set. 1966.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. [Lei das S/As]. Dispõe sobre as sociedades por ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 dez. 1976.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 25 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm)> Acesso em: 25 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei n. 1.572, de 14 de junho de 2011. Institui o Código Comercial. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 15 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1ª nov. 2011.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O Futuro do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLOMBIA. Decreto n. 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diário Oficial*, n. 33.339, Bogotá, 27 mar. 1971.

\_\_\_\_\_. Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diário Oficial*, n. 42.156, Bogotá, 20 dic. 1995.

\_\_\_\_\_. Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. *Diário Oficial*, n. 47.194, Bogotá, 5 dic. 2008. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34130>>. Acesso em: 25 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Ley 1285 de 2009. Nivel nacional. Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. *Diário Oficial*, 47.240, Bogotá, 22 ene. 2009. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34710>>. Acesso em: 26 set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALTRO, Ana Luiza. Demorou 44 anos: fundada em 1969, a Gap, a maior rede de vestuário dos EUA, já está em noventa países, mas só agora abrirá as portas no Brasil por culpa da burocracia e do protecionismo. *Veja*, v. 46, n. 34, p. 90-92, 21 ago. 2013.

DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and economics: alternative modes of governance*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Quanto custa abrir uma empresa no Brasil? *Estudos para o Desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro*, n. 6, jul. 2010.

FRANCE. Code de commerce. Chapitre VII: Des sociétés par actions simplifiées. *Legifrance*, 21 sept. 2014. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20140925>>. Acesso em: 25 set. 2014.

GONÇALVES, Oksandro. A relativização da responsabilidade limitada dos sócios. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: sociedade anônima*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

GORGA, Érica. *Direito societário atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem no direito societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MORAIS GUIMARÃES, Maria Celeste. *Um redesenho da sociedade anônima no direito societário brasileiro: por uma sociedade anônima simplificada*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MOREIRA, Ricardo Guimarães. Sociedade Limitada ou Anônima Fechada?: o novo dilema dos empreendedores nacionais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, a. 43, n. 133, jan./mar. 2004.

NORTH, Douglass Cecil. Para um país enriquecer. *Veja*, v. 36, n. 47, p. 11-15, 26 nov. 2003.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. Sociedade Subsidiária Integral. In: BOTREL, Sérgio. *Direito societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, p. 333-352, 2012.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura da propriedade. *Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 79-86, abr./jun. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SEMINÁRIO DE DIREITO E ECONOMIA DO NORDESTE, 1. 2013. UFRN: Natal, 2013. Disponível em: <<http://www.seminariodireitoeconomia.com.br/seminario/index.php>>. Acesso em: 25 set. 2014.

SERICK, Rolf. *Apariencia y Realidad em lãs Sociedades Marcantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica*. Barcelona: Ariel, 1958.

SZTAJN, Raquel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 42, n. 131, p. 7-20, jul./set. 2003.

TAVARES PAES, P. R. A sociedade por ações simplificada francesa. *Revista dos Tribunais*, a. 83, v. 709, nov. 1994.

VILLAMIZAR, Francisco Reyes. Responsabilidade dos administradores na sociedade por ações simplificada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nova série, São Paulo, a. 49, n. 155/156, ago./dez. 2010a.

\_\_\_\_\_. *Modernizing Latin American Company Law: creating an all-purpose vehicle for closely held business entities*. 2010b.

\_\_\_\_\_. *La sociedad por acciones simplificada: una verdadera innovación en el Derecho Societário latinoamericano*. 2010c. Disponível em: <<http://www.abde.com.br>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

WARDE JÚNIOR, Walfrido; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. A vez da sociedade anônima simplificada. *Valor Econômico*, 22 mar. 2012.

## Apêndice

	<b>SOCIEDADE ANÔNIMA SIMPLIFICADA</b>	<b>SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA</b>
Sociedade unipessoal – pessoa natural	Permitido	Não permitido
Sociedade unipessoal – pessoa jurídica	Permitido	Sociedade subsidiária integral
Sociedade não registrada	Sociedade de fato	Funcionamento não permitido
Constituição da sociedade	Instrumento particular	Instrumento público
Integralização por bens imóveis	Instrumento público	Instrumento particular
Forma da sociedade	Modelo societário	Tipo societário
Objeto social	Pode ser indeterminado	Definido de forma precisa e completa
Número de administradores	Um administrador	Dois administradores
Organização interna	Flexível	Rígida
Convocação da assembleia	Acionista pode dispensar	Obrigatória
Quórum de aprovação	Maioria relativa	Maioria absoluta
Negociação de ações	Com restrição	Sem restrição
Limitação da responsabilidade	Menção às obrigações trabalhistas e tributárias	Sem menção
Desconsideração da personalidade jurídica	Um único dispositivo	Hipóteses espalhadas no ordenamento
Resolução de conflitos	Superintendência de sociedades	Poder Judiciário

