

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 212

Brasília | outubro – dezembro/2016

Ano 53

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2015 – 2016

Senador Renan Calheiros

PRESIDENTE

Senador Jorge Viana

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Vicentinho Alves

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela

QUARTA-SECRETÁRIA

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Sérgio Petecão

Senador João Alberto Souza

Senador Elmano Férrer



Brasília | ano 53 | nº 212
outubro/dezembro – 2016



MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

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

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Angelina Almeida e Letícia Costa. REVISÃO DE ORIGINALS: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Guilherme Costa. REVISÃO DE PROVAS: Letícia de Castro, Karina Arruda e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Candylena Cordeiro e Rejane Campos. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Thomas Gonçalves. FOTO DA CAPA: Regina Rodrigues.

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 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da Coordenação de Edições Técnicas

Via N-2, SEGRAF, Bloco 2, 1º Pavimento

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF

Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576

E-mail: ril@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou a tradução de qualquer parte desta publicação serão permitidas 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.

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro – FA7, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Adualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Ma. Ana Carolina da Motta Perin Schmitz Kohlitz, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Lucia Romero Novelli, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Fernandes Estevez, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Karam Trindade, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Andrea Flores, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Ângela Issa Haonat, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antônio Flávio Testa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio José Maristrello Porto, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Arlindo Fernandes de Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Ma. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno César Machado Torres Galindo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alexandre Amorim Rocha, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Luiz Strapazzon, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Carlos Pianovski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. David Barbosa de Oliveira, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhos, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Dunja Duic, Faculty of Law Osijek, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Edson Alvisi Neves, Universidade do

Vigo, Ourense, Espanha / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dra. Erika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fabiano César Rebutuzzi Guzzo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabiola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe de Melo Fonte, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Sola, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Me. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Filipe Lôbo Gomes, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Flávia Orsi Leme Borges, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Me. Ivar Alberto Martins Hartmann, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jacopo Paffarini, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Jaqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Jorge Luis Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Josué Alfredo Pellegrini, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Leandro Novais e Silva, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria d'Ajuda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lidia Patricia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Livia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan,

Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Marilsa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Mario Spangenberg Bolívar, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, SC, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Michael Freitas Mohallem, University College London, Londres, Reino Unido / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benèmerita Universidad Autonoma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson T. R. Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rabah Belaidi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Rafael Lamera Cabral, Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Renata Queiroz Dutra, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ricardo Rocha Viola, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontificia Universidade Católica, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo e Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silviana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emilia Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tunjica Petrusevic, Faculty of Law Osijek, Osijek, Croácia / Me. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontificia Universidade Católica, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Wálber Araújo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter

Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wladimir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

Andréa Cristina Oliveira Gozetto é pós-doutora em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil; doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Campinas, SP, Brasil; mestre em Sociologia Política pela Universidade de São Paulo (Unesp), Araraquara, SP, Brasil; professora na Faculdade Anhanguera de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; coordenadora acadêmica do Instituto de Desenvolvimento Educacional (IDE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV). / Doris T. P. C. de Miranda Coutinho é doutoranda em Direito Constitucional pela Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, Argentina; especialista em Política e Estratégia pela Universidade Estadual do Tocantins (Unitins), Palmas, TO, Brasil; especialista em Gestão Pública com ênfase em controle externo pela Faculdade Internacional de Curitiba e Faculdade de Tecnologia Internacional (Facinter/Fatec), Curitiba, PR, Brasil; conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (TCE/TO), Palmas, TO, Brasil; membro efetivo do ICGFM – Internacional Consortium on Governmental Financial Management. / Efraín Hugo Richard é doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Argentina); doutor *honoris causa* pela Universidad Nacional de Tucumán, pela Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino e pela Universidad Católica de Salta; e Professor Emérito (Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina). / Estêvão Gomes Corrêa dos Santos é mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), RJ, Brasil. / Fabiano Angélico é mestre em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EAESP-FGV), São Paulo, SP, Brasil; pesquisador do Centro de Estudos em Administração Pública e Governo da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo (FGV), São Paulo, SP, Brasil; coordenador de Promoção da Integridade da Controladoria Geral do Município de São Paulo, SP, Brasil. / Feliciano de Carvalho é doutorando e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; professor de Direito Constitucional e Deontologia Jurídica da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; defensor público federal na Defensoria Pública da União, Brasília, DF, Brasil. / Jailton Macena de Araújo é doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; professor vinculado ao Departamento de Direito Processual e Prática Jurídica do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; advogado. / José Reinaldo de Lima Lopes é doutor e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor e mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), RJ, Brasil. / Paulo Afonso Cavichioli Carmona é doutor e mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, DF, Brasil e do doutorado, mestrado e pós-graduação do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil; juiz de direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). / Pedro Irineu de Moura Araújo Neto é mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; bolsista da Capes e do CNPq. / Sandro Lúcio Dezan é doutorando em Direitos e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, DF, Brasil; mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pelas Faculdades Integradas de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; professor visitante do mestrado em Ciências Policiais do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPISI), Lisboa, Portugal; delegado de Polícia Federal. / Thiago Colnago Cabral é mestrando em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; juiz de Direito em Minas Gerais, Governador Valadares, MG, Brasil. / Wagner Pralon Mancuso é doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor do bacharelado em Gestão de Políticas Públicas da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor e orientador nos programas de pós-graduação em Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil.

Sumário

Autor convidado em língua estrangeira

- 11 ***Enseñanza e investigación del derecho societario de crisis***
Efraín Hugo Richard

Artigos

- 41 **Ferramentas da transparência**
O possível impacto da Lei de Acesso a Informações Públicas no debate sobre regulamentação do *lobby* no Brasil
Wagner Pralon Mancuso
Fabiano Angélico
Andréa Cristina Oliveira Gozetto
- 57 **Reclamação (in)constitucional?**
Análise do novo Código de Processo Civil
Feliciano de Carvalho
- 81 **Cassação de aposentadoria**
O caminho do meio
Marcelo Leonardo Tavares
Estêvão Gomes Corrêa dos Santos
- 101 **Tipicidade penal e as faltas da Lei de Execução Penal**
O incidente de falta grave visto à luz das garantias do cidadão
Thiago Colnago Cabral
- 121 **O princípio *pas de nullité sans grief* e os limites da convalidação no processo disciplinar**
Sandro Lúcio Dezan
Paulo Afonso Cavichioli Carmona
- 139 **A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade**
Pedro Irineu de Moura Araújo Neto

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

- 155** **Direitos humanos e solidariedade**
Entre o universalismo e o relativismo, por uma teoria dialógica dos direitos humanos
Jailton Macena de Araújo
- 181** **Uniformização da legislação dos tribunais de contas**
Doris T. P. C. de Miranda Coutinho
- 203** **Filosofia analítica e hermenêutica**
Preliminares a uma teoria do Direito como prática
José Reinaldo de Lima Lopes

Enseñanza e investigación del derecho societario de crisis

EFRAÍN HUGO RICHARD

Resumen: La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades y de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis. Posteriores juicios concursales omiten, normalmente, toda referencia a esas normas ley incumplidas. La investigación también está alejada de una visión integral de la crisis de las personas jurídicas societarias.

Palabras clave: Sociedades. Crisis. Insolvencia societaria. Capital social. Causales de disolución.

1. Introducción

Venimos ensayando sobre nuestra preocupación de la enseñanza del derecho societario y del derecho concursal en torno a la crisis de las personas jurídicas societarias. Nos preocupa la enseñanza excesivamente concentrada, donde se pierde de vista el sistema.

Pero también nos preocupa el limitado número de investigaciones –y de investigadores– que bucean sobre este sistema y la integración de las leyes de sociedades y concursos. Y concretamente su reflejo práctico: continuas reformas en la legislación concursal –o requerimientos de reforma– sin advertir que la base de la organización societaria contenida en las leyes específicas prevé soluciones a la crisis. Luego de ello constatar que las leyes concursales no son adecuadas para afrontar, en la mayoría de los casos, las crisis de sociedades que terminan mal, o sea destruyendo a la empresa que se pretende conculcar como bien señaló en el “I eCongreso Internacional de Derecho de la Insolvencia” (7/16 de marzo de 2016) en su conferencia magistral el jurista brasileiro Profesor de la UNESP Dr. Paulo Roberto COLOMBO ARNOLDI.

Autor convidado

Nos referimos concretamente al tratamiento de la crisis de empresas organizadas societariamente. Es hoy un tema de interés mundial conservar empleos y empresas viables, por el efecto en las comunidades donde están asentadas y la generación de riqueza indirecta. La caída de esas organizaciones ha motivado numerosas reformas a la legislación concursal particularmente alentando la generación de cooperativas de trabajo con los empleados de las sociedades en liquidación, más con apoyos normativos que reales.

Obviamente nos referiremos a la específica situación en la República Argentina, pero con una visión generalista a partir del derecho en que profesamos y de la información recabada en Congresos internacionales.

La enseñanza de las materias Derecho Concursal –concursos preventivos y quiebras– y Sociedades –Relaciones de Organización y contratos asociativos– no genera interacción entre las mismas para afrontar las crisis societarias. En la primer materia se trata en forma semejante –con pocas aclaraciones– el concurso de una persona humana que de una persona jurídica.

Las diferencias son notables. Lo que es aceptable en el concurso preventivo y en la quiebra del patrimonio de una persona humana, es inaceptable en similares situaciones para una sociedad, concretamente por violar normas imperativas contenidas en la misma, particularmente la función de garantía del capital social.

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia.

De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación¹, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad. De allí el adecuado léxico de esas normas derogadas, en torno al juicio posterior de “irrazonabilidad” al tiempo de concebirlo del plan de saneamiento.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concurso de eliminar el antivalue que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si – como pensamos– se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado (el “timing problem” o tempestividad en la presentación).

¹ Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

2. Motivaciones pedagógicas

Hemos alertado sobre nuestra preocupación de la enseñanza del derecho societario y del derecho concursal en torno a la crisis de las personas jurídicas societarias. Nos preocupa la enseñanza excesivamente concentrada y especializada, donde se pierde de vista el sistema.

Desde el año 1982 comenzamos a preocuparnos sobre el tema de la unificación, las Academias Nacionales de Derecho a poco llamaron a dialogar sobre ello bajo el lema “Lo conveniente y lo posible”, desarrollándose en esa misma década la primera recodificación vetada por el Poder Ejecutivo, incluso después de Congresos y reuniones jurídicas. Lo siguieron dos importantes proyectos en la década del 90 y ahora se acaba de concretar en un Código Civil y Comercial que imponiendo una interpretación integral y sistemática en su Título Preliminar, conserva las leyes de concursos y sociedades –esta con algunos ajustes–.

Sostuvimos, junto a la mayoría de la doctrina, que cualquier unificación debía iniciarse en el análisis doctrinal, académico, seguir por lo pedagógico y culminar con reconocimiento normativo.

Así se gestó en nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, donde a fin del siglo pasado se aprobó una reforma del Plan de Estudios eliminando las terminologías “Derecho Civil” y “Derecho Comercial”, para adoptar la genérica de “Derechos Privados”, con contenidos similares, pero manteniendo la nomenclatura clásica para Derecho Concursal y Títulos Valores.

Desde la Revista “Ensayos de Derecho Empresario” que codirijimos, alentada desde el Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial de esa Facultad, y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cuyas direcciones nos han confiado, sentimos la obligación de abordar esa visión integradora, que no advertimos en la temática específica.

Nos referimos concretamente al tratamiento de la crisis de empresas organizadas societariamente. Es hoy un tema de interés nacional conservar empleos y empresas viables, por el efecto en las comunidades donde están asentadas y la generación de riqueza indirecta. La caída de esas organizaciones ha motivado numerosas reformas a la legislación concursal, particularmente alentando la generación de cooperativas de trabajo con los empleados de las sociedades en liquidación, más con apoyos normativos que reales.

La enseñanza de las materias referidas no genera interacción entre las mismas para afrontar las crisis societarias. En la primer materia se trata en forma semejante –con pocas aclaraciones– el concurso de una persona humana que de una persona jurídica.

A nuestro entender las diferencias son notables. Lo que es aceptable en el concurso preventivo y en la quiebra del patrimonio de una persona humana, es inaceptable en similares situaciones para una sociedad, concretamente por violar normas imperativas contenidas en la misma, particularmente la función de garantía del capital social.

Sobre esto versa este ensayo, sin duda incompleto, alentado por advertir similar visión en las reformas vigentes desde el 1° de agosto de 2015, tanto del Código Civil y Comercial de la República Argentina (en adelante CCC) y de su Ley General de Sociedades (en adelante LGS).

3. La visión integradora

Planificar, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, administrador de sociedades, que actúa con deslealtad si continúa operando contagiando la insolvencia, que genera la pérdida del capital social (art. 94.5 LGS)². No es otro el parámetro de los art. 96³ y 99 LGS⁴, con normas similares en el derecho comparado (RICHARD, 2014).

Conlleva a traer a cuento el tema del PLAN DE EMPRESA con cuya consideración rendimos homenaje a Pedro J. Frías (ACADERC, 1994), un constante requirente para la sociedad política y empresaria de administradores estratégicos. Volvimos sobre ello (RICHARD; JUNYENT BAS; MUIÑO, 1997, p. 525), y recalcamos la cuestión que Alberti (2001, p. 949) señala “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresaria precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación”.

El art. 66 LGS manda cumplir a los administradores con la obligación de “informar en la memoria sobre el estado de la sociedad”. La Memoria

²Art. 94. *Disolución: causas*. La sociedad se disuelve:... 5. Por pérdida del capital social”. O sea del total del decapital estatutario. En las Sociedades por acciones ante la pérdida del 50% debe reducirse, pero no se impone como causal de disolución.

³Art. 96. Pérdida del *capital*. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuearden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento.”

⁴Art. 99. *Administradores: facultades y deberes*. Los administradores, con posterioridad... o la declaración de haberse comoprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – *Responsabilidad*. Cualquiere operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.”

importa una obligación de los administradores para que “los accionistas de informen adecuadamente no sólo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad; mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad o de impugnación (art. 251 LGS), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo” (RICHARD; MUIÑO, 1997)⁵.

La omisión de la Memoria implica una violación de la ley en su art. 234 inc.1º LGS⁶, por cuanto comporta una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que “ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnabile desde la convocatoria a la reunión de socios... no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado” (CARLINO, 2009, p. 31).

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la savia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. – La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?” (PALMERO, 1995, p. 17).

De ninguna forma pretendemos que esos administradores asuman el riesgo del mercado o del error en la planificación⁷, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

⁵Donde remitimos a nto. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa” en Doctrina Societaria y Concursal Errepar, abril 93 t. V p. 337 y ss.

⁶“Art. 234. *Asamblea ordinaria*. Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos: 1. Balance general, estado de resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le comopeta resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos;...”

⁷Es el parámetro que fijaban los arts. 125-1 y 125-2 incorporados en el año 1983 a la ley de concursos 19.551 entonces vigente, disponiendo que la razonabilidad de un plan debía juzgarse en relación a la fecha en que había sido formulado, descartando así los avatares del mercado, de la política o de la globalización.

Jamás deben preocuparse los administradores que actúan con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ni aún ante la cesación de pagos o insolvencia de la sociedad, y menos frente a una mera crisis económico o financiera. No se espera de ellos que tengan necesariamente que superar ese estado patrimonial o financiero, sino meramente que lo afronten, en primer lugar frente a los socios –conforme la legislación societaria– y agotada ella –incluso la negociación privada con los acreedores– por la vía concursal que, a través de la concurrencia obligatoria intenta la unificación de acciones de intereses.

Lo importante es bucear en el sistema jurídico, sin dogmatismo, tratando que el mismo satisfaga las necesidades generales de la convivencia, y en el caso del concurso de eliminar el antivalor que permite su aplicación: el estado de cesación de pagos o la crisis si – como pensamos– se debe actuar anticipatoriamente para evitar daños irreparables a la empresa y su contagio al mercado (el “timing problem” o tempestividad en las soluciones).

En este punto, para una visión integradora es conveniente al margen de las palabras o locuciones “cesación de pagos” e “insolvencia” distinguir imposibilidades de pago en tiempo con la pérdida del capital social (RICHARD, 2015; LAS VIAS, 2015).

En momentos en que en el derecho comparado se aboga por la intervención temprana en las crisis para evitar la destrucción de bienes y la generación de daños, en el derecho argentino aparece como un límite para el concurso de sociedades su estado de cesación de pagos, y no un estado patrimonial más grave.

Es más, se acepta la presentación en concurso de sociedades que ni siquiera se encuentren en cesación de pagos, en el concurso por agrupamiento o por garantías otorgadas, pues en ambos casos se avizora una situación de crisis, quizá inminente.

En orden a la crisis de las sociedades apuntamos que la legislación societaria –que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal– contiene previsiones imperativas para asumir la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños.

No puede pretenderse que el derecho concursal resuelva las crisis societarias al margen de las previsiones de la ley específica para afrontarlas.

El aspecto terminológico con el que se denominan las crisis societarias puede generar ciertas dudas⁸ sobre a que nos estamos refiriendo.

⁸ Ariel Ángel Dasso, (2009), por ejemplo en Tomo II, Capítulo X “Comentarios a la Ley de Concursos Mexicana”, señala que el presupuesto material es el “incumplimiento

El interés en esta temática es generar una concordancia entre el derecho societario y el derecho concursal.

La tensión aumenta –y los problemas se suscitan– cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo (ESCRIBANO GÁMIR, 1998), los accionistas pierden interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho, que no tuvieron en cuenta cuando contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

Es importante distinguir el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo. Desde hace muchos años Mauricio Yadarola y Fernández igualaron los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Pero concordamos con la especialista en Sindicatura Concursal, Prof. Celina Mena (2008)⁹, con visión contable-económica, señala que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero y económico. Este problema se manifiesta por la falta de capital de trabajo. Esto se puede revertir o agravar según la empresa sea viable o no, es decir de acuerdo a sus resultados”. Apunta que la teoría concursal amplia considera la cesación de pagos como un estado del patrimonio que no es capaz de afrontar sus obligaciones en forma generalizada y permanente que se manifiesta a través de diversos hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc. y cualquier otro medio que revele la *incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente* en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista para que se esté en cesación de pagos: “En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo a nuestro entender, existe una diferencia importante adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la

generalizado en el pago de sus obligaciones y tiene que estar referido a dos o más acreedores distintos... con una antigüedad no inferior a 30 días y representen el 35% de todo el pasivo... que los activos del comerciante no alcancen a cubrir, por lo menos, el 80% de las obligaciones vencidas a esa fecha”. Casi todas las legislaciones concursales determinan cierto parámetro objetivo para autorizar la aplicación de la legislación de crisis. La de nuestra República Argentina es la más permisiva pues permite la presentación en concurso preventivo invocando la “cesación de pagos”, suerte de “Abrete Sésamo” del cuento de Ali Baba y los 40 ladrones.

⁹ En igual sentido Casadio Martínez, (2011, p. 170), correspondiendo la jurisprudencia citada corresponde a CNCom, Sala B 24.3.81 LL 1981-C-615.

incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto...”. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe la causal de disolución: pérdida del capital social (RICHARD, 2012). Y este es el centro de la cuestión o del disenso.

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social –que personalmente identificamos con insolvencia– y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Camilo Martínez Blanco (2012, p. 150) acota el tema: “En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso, y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerra (ALCOVER GARAU et al, 2003) en su profundo análisis del tema que nos ocupa. – Por lo pronto en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras siempre había sido la ‘cesación de pagos’ su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones [...]. Históricamente, el primer significado de ‘cesación de pagos’ fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia. – Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento. [...] se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. – Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido [...]. Son las teorías intermedias las que sostiene que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos.[...] el presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó ‘estado de crisis’, ‘estado de preinsolvencia’, ‘estado de dificultades económicas o financieras de carácter general’.[...] De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal se puede definir en lenguaje técnico, como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente)... la mayoría de los autores españoles, admiten el ‘desbalance’ o sobreendeudamiento como un desequilibrio patrimonial –pasivo superior al activo– que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos”.[...] Por ello abogan por “un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del

concurso las situaciones coyunturales de iliquidez [...] reiteramos que para nosotros es importante el ‘desbalance’ como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española sobre todo) no alcanza. Pero además si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las dificultades son graves... importa mucho el llamado desequilibrio aritmético o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo... pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores... puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que éste concentra los compromisos de pagos en el corto plazo [...]. De ahí la importancia de introducir el tema de la ‘insolvencia negocial’. La profesora española Marta Font Marquina (1998) habla con muy buen criterio de la ‘insolvencia negocial’ entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la ‘insolvencia patrimonial’, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definitiva (activo inferior al pasivo exigible) [...]. Resulta interesante la aportación que realiza Prats Marquina,[...] ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”.

Nos apoyamos en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para comparar las referencias y usar una terminología concursal-societaria de compatibilización: Insolvencia: “Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. Insolvente que no tiene con qué pagar”. Solvencia en ese Diccionario es “Acción y efecto de solver o resolver. Carencia de deudas. Capacidad de satisfacerlas. Cualidad de solvente”. Solvente: “Desempeñado de deudas. Capaz de satisfacerlas. Que merece crédito. Capaz de cumplir una obligación... y más en especial, capaz de cumplirlas cuidosa y celosamente”.

Parecería que se envuelven dos conceptos el de no tener medios para pagar una deuda, aunque se priorizaría la imposibilidad patrimonial de satisfacerlas todas.

También el valor contable podría ser superior al de efectiva realización de los bienes. Lo cierto es que, al margen de las disposiciones de la ley concursal, la pérdida contable del capital social dispara en las legislaciones societarias argentina y uruguayana una causal de disolución que impone capitalizar o liquidar, so pena de responsabilidades por el eventual pasivo insoluto.

¿De qué crisis de sociedades estamos hablando? Al margen del significado económico-jurídico de cesación de pagos, amenaza de insolvencia o insolvencia, para afrontar las crisis de las sociedades es necesario apuntar a aquella función de garantía del capital social, como protección a terceros que –a la postre– son los convocados en juicios concursales para paliar la crisis de la sociedad deudora común, y cuya pérdida impone adoptar medidas...

Por eso, en este ensayo dejaremos de lado cualquier disquisición terminológica, pese a distinguir cesación de pagos de insolvencia, equiparando esta con pérdida del capital social, lo que eventualmente haremos en su uso, explicitándolo al sólo efecto informativo –no necesariamente como conclusión dogmática–¹⁰.

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración

¹⁰Se trata, sin duda, de “las expresiones jurídicas que los juristas usan a diario sin reflexionar demasiado sobre ello”... sin “dar cuenta en la realidad el equivalente semántico”... “En definitiva: El derecho se encuentra íntimamente relacionado con esencias de un mundo trascendente o bien tiene que ver con convenciones sociales... el lenguaje común u ordinario que la gente que usa a diario para llevar a cabo sus diversas prácticas de socialización, difiere diametralmente de aquella jerga que utilizan los juristas para comunicarse. Surge entonces el interrogante: ¿si utilizan discursos diferentes y de muy difícil reflexibilidad, como pueden referirse a un mismo objeto?... Se nos hace fácil advertir entonces una clara diferencia entre el conocimiento ordinario que maneja a diario el común de la gente y el lenguaje de los juristas... Hacer uso del lenguaje normativo jurídico presupone una compleja práctica social de instituciones creadoras e instituciones aplicadoras del derecho que comparten en forma concomitante, por lo común, funcionarios legales y ciudadanos, quienes la viven como un plexo normativo y autoritario de patrones públicos de comportamientos que evidencian mediante juicios lingüísticos tales como “es correcto”, “es incorrecto... Esta compleja práctica social que desde ya es cultural y normativa, constituye el *test de criterio de validez* de todo aquello que predicamos como “jurídico” o “jurídicamente”; de allí emana todo el *sentido* por el lado del derecho, es decir, la *significación jurídica*...” (HART, 1962; RAMÍREZ, 2009).

financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, concepto éste en crisis desde hace un tiempo atrás.

Sin embargo, la pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros (NISSEN, 2002, p. 47-48), y al mismo tiempo, si considerásemos el capital real, advertiríamos que en los hechos éste está por debajo del mínimo requerido como requisito tipificante o como requisito de constitución.

Ponemos así en el centro de la escena, incluso para Brasil, la causal de disolución de las sociedades “de pérdida total o parcial del capital social”, que se constata en el balance o cuentas anuales, y que impone en todo el derecho comparado la liquidación de la sociedad o la reintegración del capital social, eventualmente la rápida presentación en concurso (España).

Un estudio comparativo de las incidencias de la pérdida del capital social para paliar la crisis de las sociedades ya en un momento casi terminal, y la congruencia de su análisis en las leyes de concursos y quiebras, lo hemos presentado cinco países en el reciente “I eCongreso Internacional de Derecho de la Insolvencia”¹¹.

La pérdida del capital social supone acciones cuya omisión genera responsabilidad por el daño (art. 99 LGS) referido, solidaria para administradores y para los socios “en su caso”, tipificándose esta situación en la última parte del art. 167 CCC: “y aquellos miembros

¹¹La ponencia original puede verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en: <www.acaderc.org.ar>, pero lo hemos ampliado en la conferencia formalizada en el seno de ese Congreso.

que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omite adoptar las medidas necesarias al efecto”. No se trata de una sanción, pues la omisión debe generar daño o sea estamos dentro de la teoría general de la responsabilidad civil de base subjetiva.

Ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación– genera responsabilidad de administradores –y quizá de socios– de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas.

¿Qué ante la pérdida del capital social de una sociedad? En nuestro país debe alcanzarse el 100% de la cifra estatutaria. La primera cuestión que se formula es cuando se acredita la pérdida del capital social. Al margen de la posibilidad de cuestionamientos por socios o terceros, ello produce efectos responsabilizatorios cuando los administradores preparan y presentan la documentación contable a consideración de la asamblea, resultando de la misma un patrimonio neto neutro o negativo –en la República Argentina, pues en muchos países ello se anticipa con la pérdida de sólo un porcentaje del capital social¹²–, y cristaliza con la aprobación del balance por la Asamblea, como una declaración unilateral de verdad,

¹²La ley 16060 de sociedades de Uruguay, en su Art. 159.6 prescribe que haber perdido tres cuartas partes del capital integrado es causal de disolución, el art. 160 permite el reintegro para evitar la liquidación, y el art. 164 los hace responsables solidariamente a los administradores en caso de continuación del giro – sin perjuicio de la responsabilidad de los socios – art. 39.

un acto propio de la sociedad que excluye toda otra consideración.

Esta causal la catalogamos como aquellas que producen su efecto *ope legis*, de pleno derecho, *ipso jure*. Vivante (1932, p. 483-485) entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho.

La causal de disolución puede enervarse –el art. 96 LGS fija las condiciones en tal sentido, y la remediación no tiene plazo si no se generan daños, asegurando la viabilidad de la sociedad conforme el nuevo texto del art. 100 LGS¹³.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española en 1991, conforme la ley entonces vigente– calificó la solución como pre concursal (BELTRÁN SÁNCHEZ, 1991, p. 138-139), sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas–. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestros países.

Advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario

¹³“2.21.– Sustitúyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100. Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación*. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.”

–buen hombre de negocios–, debe con diligencia actuar para paliarla –planificando (RICHARD, 2007; 2008)–, llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios, quiénes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación societaria de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades.

Básicamente consideramos que una empresa debería estar organizada como sociedad persona jurídica, incluso los emprendimientos de una persona humana. Esto es conveniente para permitir múltiples divisiones de su único patrimonio –pues la división patrimonial personificada beneficia a los acreedores prudentes–, favoreciendo la eventual recuperación de las empresas viables frente a la crisis de alguna de ellas, utilizando los sistemas anticrisis de las legislaciones societarias y concursal. En ese sentido las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014, en la que se acordó “(1) El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión” (NAÇÕES UNIDAS, 2014).

4. Conservación de la empresa

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios (RICHARD, 2003, p. 553; 2011, p. 107; MICELLI, 2003)¹⁴. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes– en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial¹⁵, eventualmente a cargo de terceros o de los trabajadores. Y en esto

¹⁴Correspondiendo a nuestra comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981. Entre otros artículos que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹⁵Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

compartimos la preocupación del Profesor brasileiro Dr. Colombo Arnoldi en el Congreso Internacional referido.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuya efectivización convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad¹⁶ como forma de materializar la “idea de empresa”.

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Véase la problemática de las actuales reformas que apuntan al “acuerdo privado”, homologado o no, sobre lo que nos hemos pronunciado¹⁷.

Claro que para ello debe afrontarse la cuestión de la crisis de las sociedades en forma sistémica y constructivista¹⁸, conforme dispone el Título Preliminar del CCC.

5. Soluciones societarias

Ahondemos. En el caso de sociedades, sus administradores y socios deben adoptar las medidas que la ley societaria impone ante la pérdida del capital social reintegrar o aumentar el capital por aporte de los socios, capitalizando el pasivo¹⁹ o de terceros, o constatada contablemente la causal de disolución liquidando el patrimonio social. Incluso la liquidación puede concluir en la imposibilidad de satisfacer la totalidad de las deudas sin generar un proceso concursal ante la correcta la liquidación e inexistencia de acciones de recomposición, bajando costos eficientemente.

¹⁶ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal Empresa y objeto social. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, v. 15, 19--; COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de derecho societario*: parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

¹⁷ RICHARD, Efraín Hugo. Acuerdo privado: un mecanismo apto para el gran endeudamiento. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, 9, 2014. Cartagena. *Anais...* Cartagena, 2014.

¹⁸ RICHARD, Efraín Hugo. *Perspectiva del derecho de la insolvencia*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012.

¹⁹ Situación expresamente prevista en la ley de sociedades art. 197.2 LGS, que soluciona integralmente la cesación de pagos de una empresa viable en la que los administradores informen fundadamente esa posibilidad a los acreedores.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios²⁰.

Se incentiva de este modo la capitalización de la sociedad. Por los socios, por terceros, o de deuda como mecanismo de reestructuración y saneamiento empresarial. En este último supuesto, sobre todo respecto de acreedores titulares de pasivo financiero, intentándose así mismo, mediante reformas legales actualmente en curso en España “minimizar” el impacto contable que para las entidades financieras podría conllevar, en sus cuentas de resultados, la opción por la capitalización de deudas, que le permita una movilización de obligaciones en mora en el mercado de capitales, incluso inducido por normas bancarias sobre inmovilizaciones y previsiones.

La capitalización de deuda no es una operación extraña a los sistemas concursales. La novedad radica en que se fomenta su utilización en el marco de acuerdos de refinanciación teniendo en cuenta quiénes son los principales acreedores (bancos e intermediarios financieros), para defender sus intereses y facilitar así la consecución de un acuerdo de refinanciación que permita la continuidad de la actividad del deudor con los beneficios que este hecho lleva aparejado, tanto para el propio deudor, como sus acreedores y trabajadores.

La abusiva quita –empobrece a los acreedores y enriquece a los socios con costo tributario y no liberación de garantes– puede equilibrarse elevando el valor nominal de las acciones o participaciones previamente emitidas, cuando los destinatarios son socios acreedores. En todo caso, se emitan nuevas acciones o participaciones, o se eleve su valor nominal, el contravalor del aumento consiste en la compensación de créditos que ostentan los acreedores, sean o no socios, frente a la sociedad. Esto puede vincularse a disponer una prima de emisión, no distribuible pero que incrementa el valor de transferencia de las acciones. Obviamente los *take overs* serán posibles para recuperar el control societario.

Se trata de operaciones pensadas para el saneamiento financiero de la sociedad²¹, por la que ésta aumenta su patrimonio neto, ya que disminuye el pasivo inmediatamente exigible pasando a ser pasivo no exigible (capital), y puede disponer así de recursos que de otro modo tendría que destinar a pagar a los acreedores²², quienes, por su parte, pierden tal condición y se convierten en socios de la sociedad deudora,

²⁰ MIOLA, Massimo. Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali. *Rivista delle Società*, v. 50, p. 1199-1313, 2005.

²¹ ALBIZU, J. C. Sáenz García de. Artículo 156: aumento por compensación de créditos. In: COMENTARIO al régimen legal de las sociedades mercantiles, Madrid: Thomson Civitas, 2006, t. 7, v. 2, p. 197.

²² Vid. al respecto, Mambrilla Rivera (1994, p. 365).

en la intención de obtener así una mayor satisfacción crediticia que si acudiesen a las soluciones concursales. Así, si se consigue salir de la situación de crisis, los acreedores que pasen a ser socios pueden rentabilizar su inversión, vía dividendos, o bien a través de la posterior venta de las acciones o participaciones²³.

El acuerdo de aumento de capital mediante compensación de créditos exige el consentimiento de los titulares de los créditos frente a la sociedad, así como el consentimiento de los socios otorgado mediante acuerdo adoptado en junta general con las mayorías legalmente exigidas.

Como consecuencia de normas genéricas del derecho comparado (RICHARD, 2014), resguardando la función de garantía del capital social, si socios bloquearan la capitalización no disponiendo la liquidación de la sociedad para que no siguiera dañando, los socios que contribuyeron a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo podría responder del pasivo (deudas) no satisfecho a los acreedores.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197.2 LGS²⁴ de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control, o simplemente de darles participación –con un sinnúmero de alternativas que pueden implicar reconocimiento de prima o posibilidad de rescate–. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ.

Este tipo de capitalización si bien no genera fondos elimina en forma inmediata ese pasivo del balance y lo transfiere al activo, desapareciendo la causal de disolución de pérdida del capital social (arts. 94.5 y 96 LGS referidos). A su vez, al eliminar el pasivo corriente modifica la estructura patrimonial permitiendo que todo el flujo de caja se dirija al cumplimiento del objeto social, removiendo así la segunda causal de disolución que normalmente se presenta, la prevista en el art. 94.4 LGS²⁵ de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales²⁶.

²³ HERNÁNDEZ SAINZ, Esther. La capitalización de deuda como instrumento preconcursal preventivo o paliativo de la insolvencia y los acuerdos de refinanciación. In: GARCÍA-CRUCES, José António. *Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis: autonomía de la voluntad e insolvencia empresarial*. Barcelona: Bosch, 2013. p. 319-374.

²⁴ “Art. 197. *Limitación al derecho de preferencia. Condiciones*. La asamblea extraordinaria, con las mayorías del último párrafo del artículo 244, puede resolver en casos particulares y excepcionales, cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, bajo las condiciones siguientes: 1. Que su consideración se incluya en el orden del día; 2. Que se trate de acciones a integrar con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes.”

²⁵ “Art. 94. *Disolución: causas*. La sociedad se disuelve: ... 4. Por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;...”

²⁶ HAGGI, Graciela; RICHARD, Efraín Hugo. La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución. In: VÍTOLO, Daniel Roque; RICHARD, Efraín

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía. Esa fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias²⁷, que en cambio se aplica sobre quitas y esperas concursales, al entender claramente que el empobrecimiento de los acreedores importa una ganancia para los socios de la deudora.

Con el ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivarían un concurso y cesaría la situación de crisis, por lo que se habrá sobreesido la situación patrimonial con un bajo coste de transacción.

Como señaló la jurisprudencia²⁸ “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente– la capitalización del pasivo.

6. Preconcuralidad

Con esta visión se construye un sistema de preconcuralidad desde el derecho societario, lo que nos llevó en el año 1995 a generar un ante proyecto de ley concursal novedoso, simple y disuasivo, en torno a la responsabilidad de administradores societarios por no haber afrontado la crisis y desde la óptica del derecho de daños²⁹. La preconcuralidad ha sido materia de nuestra preocupación³⁰ donde advertimos claramente el problema que ahora enfocamos con otras aristas.

Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho

Hugo (Coord.). *La actuación societaria*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

²⁷ Raúl Nissman en múltiples conferencias y trabajos difundidos por Ricardo Ruiz Vega.

²⁸ Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

²⁹ En “DE LA INSOLVENCIA, In Memoriam de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *En torno a responsabilidad y concurso. Un “embrión” de proyecto*. Tomo III pág. 313. y *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549. 8º. Ausencia de sede y responsabilidad de administradores (II). Tomo III pág. 579. 9º. Pretensiones patrimoniales y contratos comprendidos en art. 20 ley 24.452, Competencia de árbitro frente al concurso. Tomo IV pág. 243.

³⁰ RICHARD, Efraín Hugo. *Notas en torno a la preconcuralidad societaria*. In: ANUARIO XIV. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2012.

comparado “como un instrumento preconcursal”³¹, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”³², y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana³³, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina³⁴.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”³⁵.

El derecho societario y el derecho falimentar se influyen recíprocamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento³⁶.

³¹ URIÁ, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio; ENTERRÍA, J. García de. La sociedad anónima: disolución. In: URIÁ, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio (Coord.). *Curso de derecho mercantil*. Madrid: Civiltas, 1999, v. 1. Especialmente las págs. 1009 a 1013.

³² DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

³³ STRAMPELLI, Giovanni. Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis. *Rivista delle Società*, v. 57, n. 4, p. 605-662. Donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

³⁴ NIGRO, A. Le società per azioni nelle procedure concursuali. In: COLOMBO, G. E.; PORTALE, G. B. *Trattato delle società per azioni*. Torino: UTET, 1993, v. 9, p. 209.

³⁵ OLIVERA AMATO, Juan M. Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales. In: *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales: insolvencia y conflictos societarios*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 31. Especialmente la pág. 35.

³⁶ Marco Saverio Spolidoro comentando la tesis de Alexandros N. Rokas.

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores³⁷, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”³⁸. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de ciertos acreedores. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que –en otros casos– puede ser bastante dificultosa, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica³⁹.

No es del caso aquí tratar las acciones individuales de responsabilidad que puedan promover acreedores sociales contra los administradores por no haber respetado las previsiones de la ley societaria, particularmente las del art. 99 LGS referido, que no son concursales ni atraíbles por un concurso ni

afectadas por la homologación de un acuerdo de quita y espera.

El análisis de estos aspectos vinculados a esa causal son dirimientes para entender el *obiter dictum* de nuestra Suprema Corte de la Nación Argentina en el caso Comercial del Plata sobre que el recurso concursal es la última alternativa para solucionar la crisis societaria⁴⁰.

7. La remediación

Alguno cuestiona que el reintegro de capital en caso de su pérdida⁴¹ puede ser obligatorio para los accionistas. No es esta la posición mayoritaria de la doctrina, que sostiene que es obligatoria y que aquel socio que no desee realizar el reintegro puede ejercer el derecho de receso, con lo cual parecieran estar consagrando la fórmula que hemos llamado “reintegro o receda”. Los que sostienen que el reintegro es obligatorio se fundan en las disposiciones del art. 233 LSC, que establece que las disposiciones de la Asamblea son obligatorias. Los negativistas sostienen que el reintegro es un aporte a monto perdido, o a título gratuito, no parece razonable obligar al accionista o socio a que realice un acto a título gratuito⁴².

⁴⁰ RICHARD, Efraín Hugo. Desjudicialización de los concursos: un *Obiter Dictum* de la Corte. *Zeus*, v. 8, n. 376, p. 85-90, fev. 2010.

⁴¹ Jorge F. Fushimi y nosotros, comunicación al VIII° Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI° Congreso Iberoamericano de la Insolvencia (Tucumán (R.A.) septiembre de 2012). La Quita en Concursos de Sociedades y Su Tratamiento Fiscal (y algunos aspectos periféricos).

⁴² Sin embargo, si algunos socios o accionistas acceden a reintegrar el capital y otros no, y estos que no acceden al reintegro tampoco ejercen el derecho de receso, se produce una situación de absoluta inequidad: los que no reintegran reciben un beneficio sin causa a costa del sacrificio de quienes sí reintegraron. De hecho, el valor patrimonial proporcional antes del reintegro era igual o menor que

Consideramos que este análisis encuentra contradicción en que es impuesto por la ley. Nuestra posición es compartida⁴³.

“Una vez aprobado el reintegro del capital por la asamblea extraordinaria, la resolución adoptada de conformidad con la ley y el estatuto, será obligatoria para todos los accionistas, salvo los recedentes, y deberá ser cumplida por el directorio (art. 233, última parte L.S.C.), *quien establece que*: “Para el socio que no recedió el reintegro de capital se impone como obligación pues así lo ordena el art. 133 (sic) *in fine* de la L.S.C.: “Las decisiones sociales adoptadas conforme a la ley y el estatuto son obligatorias para todos los accionistas, salvo lo dispuesto en el art. 245, y deben ser cumplidas por el directorio”⁴⁴.

Dasso (2012, p. 301) expresa “Constituye cuestión central la determinación de si la decisión asamblearia de reintegro es obligatoria para los accionistas disconformes. ...Si bien el derecho de recesso está consagrado a favor de los accionistas ausentes y disconformes –o ausentes– con la decisión de reintegro total o parcial (art. 245 LSC) es patente que el valor de reembolso experimentará en este caso una reducción equivalente a las pérdidas absorbidas, por lo que se extinguirá su participación y con ello la calidad de socio cuando las pérdidas insuman todo el capital... Si no ejercitara tal derecho la sociedad puede demandar el cumplimiento de la obligación de reintegrar, previa publicación e inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 193 LSC). De lo expuesto se sigue que en hipótesis de cesión asamblearia de reintegro del capital el socio que no recede queda expuesto a la persecución social judicial por el pago del reintegro, daños y perjuicios y, en hipótesis –si estuviera previsto en los Estatutos–, a la exclusión de la sociedad. Ahora bien, si opta por el recesso subvierte su calidad de socio por la de acreedor pero su valor de reembolso en el marco de la pérdida total del capital social carecerá de contenido económico”.

Apuntamos nuestra coincidencia, salvo en el aspecto de publicación o inscripción, pues a diferencia de la reducción y aumento, que implica modificación estatutaria, el reintegro conserva las expresiones estatutarias y sólo modifica el balance.

Correlativamente, es un deber de los administradores comunicar a todos los socios la decisión asamblearia de reintegrar, indicando la

ceros, y luego, merced al reintegro, el valor pasa a ser positivo. Ese enriquecimiento sin causa es lo que motiva que no podamos descalificar la opción “reintegre o receda”, apunta el mismo Fushimi.

⁴³ Haggi e Richard (2005, p. 193), Nissen (2002, p. 77-78), Van Thienen (2005) y Norte Sabino (1982).

⁴⁴ Norte Sabino (1982) y Van Thienen (2005).

modalidad, para que el disidente pueda optar por recesar o reintegrar, o aceptar la posibilidad de la acción judicial. La falta de diligencia del administrador causa perjuicio a la sociedad y al socio requerido que puede quedar imposibilitado substancialmente de optar, aunque se hayan cumplido los recaudos formales de publicidad.

En síntesis: el monto del aumento debe ser como mínimo suficiente para encubrir el pasivo y no quedar nuevamente en supuestos de reducción obligatoria del capital social previstos en el art. 206 LGS⁴⁵.

Por eso es más factible la capitalización del pasivo. Y parece hoy en el derecho comparado que la tendencia es inducir a los acreedores profesionales financieros a hacerlo, conforme a un plan de la viabilidad de la sociedad y de su reorganización, que incluso les permitirá colocar luego sus participaciones en el mercado. El negocio de “underwriting” puede vincularse a ello.

Siguiendo nuevas tendencias hay que educar a los acreedores para que colaboren en la conservación de la empresa, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Es la solución de la capitalización si la empresa es viable.

Se trata de aumentos que se producen cuando los socios o terceros realizan aportes genuinos a la sociedad⁴⁶. La legislación societaria prevé expresamente la capitalización de pasivos en el art. 197.2 LGS referido, como supuesto claro para este caso; suspendiendo el derecho de suscripción preferente, ante la existencia de obligaciones anteriores. Esta suspensión sólo es inteligible por la urgencia en generar esa capitalización y remover la causal de disolución, pero es incongruente con la postura de socios –aún minoritarios– que ejercieran en el mismo acto el derecho de suscripción preferente y anticiparan el deseo de acrecer –lo que podrían ejercer sin afectar derechos de los demás socios a hacerlo posteriormente– adoptando la posición que hemos dado en llamar la de “suscriptor e integrador provisional”.

El aumento de capital dirigido originariamente a socios o terceros podría imponer una prima de emisión destinada a satisfacer los derechos de los socios originarios en cuanto al valor del negocio –conforme al plan que se explicita para lograr tales aportaciones–.

⁴⁵Art. 206. *Reducción obligatoria*. La reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el cincuenta por ciento del capital”. Se advertirá que no es causal de disolución, que lo es cuando la pérdida alcanza a las reservas, resultados acumulados y el capital social, o sea que pasa la sociedad a tener patrimonio neutro o peor aún negativo.

⁴⁶FOURCADE, Antonio. *Sociedades comerciales. parte especial*. Córdoba: Advocatus, 2001.

De no tratarse la causal una vez acreditada, continuando el giro normal de los negocios, incluso ratificando una presentación en concurso: ¿surge alguna responsabilidad? No si los administradores gestaron correctamente sus deberes. Quizá la responsabilidad por los daños que se causen sea de los socios que mayoritariamente soslayaron las soluciones imperativas de la ley societaria y, en abuso de derecho, intentan que los acreedores cubran el exceso de pasivo.

La ley da clara respuesta a este supuesto en el art. 99 LGS, como anticipamos. Respecto a los socios, la norma contenida en el art. 99 LGS agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La doctrina ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios en los actos realizados por los administradores en este período. Ante la pérdida del capital social, si los administradores no asumen el camino previsto, y los socios convocados trasladan el riesgo operativo a los acreedores, asumen responsabilidad. Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La presentación de balances donde conste la pérdida del capital social sin haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, les genera responsabilidad. También la pretensión de solución concursal, acompañando balances donde se registre la pérdida, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores.

Los socios al ratificar la presentación en concurso, sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades, sin duda han asumido esa responsabilidad, sin perjuicio de las acciones que tengan posteriormente contra los administradores. El alcance de esa responsabilidad de los socios esta ahora perfilada por el art. 164 *in fine* CCC referido.

Sea que se sostenga que no se produce la disolución al constatarse en el balance la pérdida del capital, o se acepte tal criterio, ocurren dos efectos:

La responsabilidad de administradores y de los socios que consientan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse.

La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad.

¿En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el Síndico en el informe general la existencia de la causal largo tiempo antes de la presentación declarada en los mismos balances aprobados, se mantiene la responsabilidad del art. 99 LGS?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores

y/o socios⁴⁷. Por tanto, los que hubieren sufrido daño, ante el incumplimiento de la norma que implica culpa o dolo, podrán reclamar a administradores y socios intervinientes la reparación del daño efectivamente sufrido. El alcance de la reparación puede alterarse en función del factor de atribución: culpa o dolo.

8. Abuso de derecho y fraude a la ley. El código civil y comercial

Nuestra sorpresa –ante tales normas imperativas reconocidas doctrinaria y legislativamente– es que la insolvencia se asuma con quita, o sea eludiendo los socios su obligación de capitalizar, requieren a los acreedores una quita que los empobrece, enriqueciendo a los socios. Piensen que generada una quita importante el balance podría dar un patrimonio positivo que hasta podría llegar a distribuirse, como descaradamente se ha hecho en casos. Por eso la quita genera una carga tributaria a la sociedad, distribuya o no dividendos. Si en cambio no hay insolvencia sino que del balance resulta un mero pasivo corriente mayor que el activo corriente no hace falta una quita sino una mera espera. La legislación colombiana en acuerdos privados homologados no acepta imponer la quita. La quita patentiza en todos los casos un abuso de derecho cuando no un fraude a las disposiciones imperativas de la legislación societaria sobre la pérdida del capital social.

Referirse a la quita impone lógica y análisis económico, atendiendo a la profundidad de la crisis. Si hay pérdida contable del capital social aparece como posible la necesidad de quita para reestablecer la relación patrimonial activo-pasivo, claro que ello ocurre si no se han aplicado las normas societarias sobre causal de disolución en caso de pérdida del capital social y la obligación de los socios de reintegrar o capitalizar, por ellos o terceros. Por eso cuestionamos el argumento de jueces argentinos de homologar acuerdos con quitas en concursos societarios basados en que la liquidación daría un resultado menor (el llamado *the best interest*

⁴⁷ En orden a la responsabilidad por el art. 99 LSA, la jurisprudencia en el caso “Trotter S.A. c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. s/ ordinario s/ incidente (de extensión de responsabilidad por las costas)” – CNCOM – 30 jun. 2010. “...Esta Sala no comparte la decisión del Juez a quo de calificar de “subsidiaria” la responsabilidad derivada del art. 94 inc. 8° de la ley de Sociedades pues la aludida norma sólo la califica de “solidaria e ilimitada.” “Ante la inexistencia de la pluralidad requerida por la ley, el socio y administrador debió proceder ajustándose a los estatutos del art. 99 LS. y la expresa omisión de tales pautas, no puede beneficiarlo. Por lo expuesto, y si bien la responsabilidad que aquí se declara coincide con aquella decidida al admitir el primero de los agravios, corresponde declarar también incurso en las responsabilidades derivadas del art. 99 de la ley societaria al director del ente.” Disponible en: <elDial.com>. 12 ago. 2010.

of creditors, aceptable en concursos de personas humanas e inaceptable frente a las disposiciones de la ley societaria nunca citadas). Este es un sofisma pues los acreedores que no obtuvieran la satisfacción de su crédito en la liquidación de la sociedad, lo podrían hacer a través de las acciones de responsabilidad expresamente previstas⁴⁸, como hemos referido.

La legislación impositiva tiende a determinar como ganancia, y así imponerla aunque difieran su pago, cuando existe quita. Y si el exceso patrimonial es distribuido en forma inmediata, el pago de ganancias también debe ser inmediato.

La homologación de un acuerdo de quitas no implica la inexistencia de abuso ni asegura la extinción de todo tipo de responsabilidad si se contravienen los principios y normas de la ley societaria. Los acreedores podrían promover acciones individuales de responsabilidad contra administradores y socios que correspondiere, en juzgado diferente al del concurso de la sociedad, pues el demandado no ha estado concursado⁴⁹ y no lo beneficia la novación⁵⁰.

Y para tratar ello nada mejor que abordar los “Principios Generales” con que se inicia el nuevo Código Civil y Comercial. Así el CAPÍTULO 3 que versa sobre “Del ejercicio de los derechos”, donde aparece en el ARTÍCULO 9º, titulado “Principio de buena fe”, otro de los “principios jurídicos”, normando “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Correlativamente y dentro de la teoría de la bipolaridad de los principios y valores, el ARTÍCULO 10º, titulado “Abuso del derecho”, descalifica el mismo como contra valor de la siguiente manera “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

⁴⁸ RICHARD, Efraín Hugo. “El art. 99 ley 19550 y causales de disolución de sociedades: de cómo evitar la responsabilidad ante la insolvencia societaria. Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, v. 46, p. -663-678, 2013.; RICHARD, Efraín Hugo. Conflictos societarios e insolvencia. In: DUPRAT, Diego. *Tratado de los conflictos societarios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. v. 3.

⁴⁹ La CNCom en el caso Chmea, Isaac c/ Chmea, Alberto y otros s/ Ordinario, con fecha 14 de octubre de 2010, decidió que no era competente el juez del concurso de la sociedad a cuyo administrador se le promovió una acción individual de responsabilidad, por no estar el legitimado pasivo en concurso. Ver Richard (2005, p. 811).

⁵⁰ RICHARD, Efraín Hugo. Sobre la novación por acuerdos concursales: y algo sobre responsabilidad de administradores. *Doctrina Societaria y Concursal*, v. 24, n. 282 mayo 2011.

La expresión “Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, cuestiona todos los contra valores –en esa teoría de la bipolaridad–, apuntando a los que afectan “los fines del ordenamiento jurídico”, y recoge “la buena fe, la moral y las buenas costumbres”, como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos –conforme el art. 2º del Proyecto, e impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

Por otra parte, impone al Juez conductas oportunas y efectivas “para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva”, para inmediatamente prever las medidas preventivas llamadas autosatisfactivas disponiendo “la reposición al estado de hecho anterior” y calificamos esa acción preventiva en la imposición de fijar una indemnización.

Esta es una verdadera revolución que impondrá que los jueces al considerar la homologación de un acuerdo con quita analicen si no existe abuso de derecho o fraude a la ley, y la quita comporta cuando menos un abuso de derecho –que aparece como un antivisor–, cuando no un fraude a la ley societaria, pues los socios han transferido su obligación de capitalizar a una quita. En vez de aumentar el activo achican el pasivo a cargo de terceros, lo que hasta les permitiría distribuir dividendos luego de un balance que acreditara el enriquecimiento patrimonial.

El aumento de capital de la sociedad, cuando patrimonialmente no es necesario, puede constituir un acto de mala fe y de abuso de derecho contra socios que no pueden ejercer su derecho de suscripción preferente. Y, en cambio, si el aumento de capital es patrimonialmente necesario para la viabilidad económica del cumplimiento del objeto social, y particularmente si se ha perdido el capital social, el no aumento de ese capital importa un acto de mala fe y de abuso de derecho en perjuicio de acreedores y del mercado, al soslayar la obligación de los socios de reintegrar el capital social o propiciar su aumento, que es calificado cuando en una presentación en concurso intentan imponer el reequilibrio patrimonial a los acreedores afectando sus patrimonios con quitas.

Justamente el Artículo 12 de esos “Principios Generales” se refiere al “Orden público” y al “Fraude a la ley”. Dispone en tal sentido “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley.

9. Y...¿ el futuro?

Así están las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”⁵¹, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema concursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente”⁵².

La meditación que fluye es que –ante la afirmación de la Corte–, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste –asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales–, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

Como bien señala Dasso en importantísimo libro⁵³: “el sistema jurídico más completo y lógico no es perfectamente inteligible hasta que se estudia

⁵¹ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

⁵² BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, In: BOLAS ALFONSO, Juan. *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001. Especialmente a pág. 154 parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

⁵³ DASSO, Ariel A. *Derecho Concursal Comparado*, Buenos Aires: Legis, 2010. Puede verse nuestra rescensión en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones n. 240 y 244.

en relación con otros sistemas legales... la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible...”

Las soluciones concursales, extrajudiciales o judiciales, están pensadas para actuar tempranamente frente a la crisis o cesación de pagos, anticipándose a la pérdida del capital social –insolvencia–. Si hay insolvencia son las soluciones societarias las que corresponde aplicar. La espera o la capitalización es la solución concursal no abusiva ni en fraude a la ley. La solución concursal es siempre la capitalización, por socios, terceros o con pasivo.

Para meditar en torno a la causal de disolución “pérdida del capital social” que impone soluciones societarias concretas. No afrontar la crisis oportunamente y exigir un sacrificio a los acreedores, impone que la propuesta no pueda sea homologada, por abusiva⁵⁴ u en fraude a la ley al haberse omitido las previsiones imperativas. En el estado actual no puede un juez considerar una propuesta de quita en el concurso de una sociedad, sin hacer un análisis sobre su abusividad a la luz de las normas imperativas del derecho societario, eventualmente excluyéndolo de las mismas en forma expresa.

Hoy la doctrina concursalista comienza a reaccionar ante nuestra pérdida, exigiendo a los socios de la sociedad concursada el “esfuerzo compartido” que no implica nada más que atemperar el abuso sin hacer desaparecer el fraude.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresaria que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley⁵⁵.

La doctrina concursalista intenta por todos los medios “conservar la empresa”, pero omite considerarse las efectivas imperativas normas societarias preconcursales, que alejan responsabilidades.

Todo un postulado.

10. Desafío para la labor académica y legislativa

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), abrimos nuevamente el diálogo siempre disponible en nuestra vocación común de perfeccionar las normas y su interpretación en beneficio de la seguridad de nuestras comunidades, pero sobre todo requiriendo desde nuestra visión pedagógica la necesidad que en la enseñanza del derecho concursal se remarque las obligaciones de administradores y socios, y los supuestos en que pueden configurarse conductas sancionadas por el Título Preliminar del Código Civil y Comercial y por las normas imperativas de la ley general de sociedades, conforme las previsiones de los arts. 2 y 150 CCC. Y, obviamente, que los profesores de Sociedades amplíen los

⁵⁴RICHARD, Efraín Hugo. Crisis de sociedades: acuerdos concursales abusivos vs. solución privada. In: *Summa concursal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012. t. 2.

⁵⁵RICHARD, Efraín Hugo. ¡Más justicia y menos juicios!: conservación de la empresa y preconcursalidad societaria. *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, v. 4, n. 1, feb. 2013.

contenidos cuando se refieran a la función de garantía del capital social y en particular a los efectos cuando se declara su pérdida al aprobar un balance.

Todo un desafío. Y al mismo tiempo una contribución para que los profesores asuman la cuestión en varias asignaturas de los estudios de abogacía o de ciencias económicas; para que los profesionales de las ciencias económicas y de derecho eviten que los administradores y socios asuman responsabilidad, y por último con los señores legisladores –y de allí este destino para el Congreso de Brasil– tengan un nuevo punto de vista para asegurar la conservación de la empresa, en principio a cargo de sus administradores y socios, reservando la intervención del Estado, siempre costosa para toda la comunidad, a casos donde esa actividad privada no sea eficiente, imponiendo su reemplazo o acompañamiento, con los menores daños al mercado y compartiendo los intereses de los que llamamos el “capitalismo productivo”, generando empleo y riqueza en la comunidad donde este instalada, conservando las fuentes de trabajo y de riqueza para la economía nacional.

Sobre o autor

Efraín Hugo Richard é doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Argentina); doutor *honoris causa* pela Universidad Nacional de Tucumán, pela Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino e pela Universidad Católica de Salta; e Professor Emérito (Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina).
E-mail: richardefrainhugo@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁵⁶

TEACHING AND INVESTIGATION OF CRISIS CORPORATE LAW

ABSTRACT: Teaching focused on the rules of corporate laws and bankruptcy laws makes it difficult to have a systemic-constructivist vision about the crises of societies. The corporate law contains adequate rules imperative to limit such crises. Subsequent bankruptcy proceedings normally omit all reference to such breached rules (law). Investigation is also distant from a comprehensive vision of the crisis of corporate legal persons.

KEYWORDS: SOCIETY. CRISIS. CORPORATE INSOLVENCY. SOCIAL CAPITAL. GROUNDS FOR DISSOLUTION.

⁵⁶ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

RICHARD, Efraín Hugo. Enseñanza e investigación del derecho societario de crisis. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 11-40, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p11>.

(APA)

Richard, Efraín Hugo. (2016). Enseñanza e investigación del derecho societario de crisis. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 11-40. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p11

Referências

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA (ACADERC). *Estudios en honor de Pedro J. Frías: derecho público*. Córdoba, Argentina: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994. t. 3.

ALBERTI, Marcelo Edgardo. Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo. In: FILIPPI, Laura. *Derechos patrimoniales: estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. t. 2.

ALCOVER GARAU, Guillermo et al. *Derecho concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*. Madrid: Dilex, 2003.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. *La disolución de la sociedad anónima*. Madrid: Civitas, 1991.

BLANCO, Camilo Martínez. *Manual de derecho concursal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2012.

CARLINO, Bernardo. Genética del plan de negocios: más sobre la contribución de E.H.Richard. *Jurisprudência argentina*, 20 de mar. 2009.

CASADIO MARTINEZ, Claudio Alfredo. *Informes del síndico concursal*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

DASSO, Ariel Ángel. *Derecho concursal comparado*. Buenos Aires: Legis, 2009.

_____. *Tratado del derecho de separación o receso del socio y del accionista*. Buenos Aires: Legis, 2012.

ESCRIBANO GÁMIR, Rosario C. *La protección de los acreedores sociales*. Navarra: Aranzadi, 1998.

FONT MARQUINA, Marta; ROQUETA RODRIGUEZ, Angel. Insolvencia y crisis económica: su reflejo en el derecho concursal. *Revista General de Derecho*, n. 642, p. 2541-2554, 1998.

HAGGI, Graciela; RICHARD, Efraín Hugo. La supuesta supresión de la pérdida de capital social como causal de disolución. In: VITOLO, Daniel Roque; RICHARD, Efraín Hugo (Coord.). *La actuación societaria*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

HART, H. L. A. *Derecho y moral. Contribución a su análisis*. Buenos Aires: Depalma, 1962.

LAS VIAS de prevención y saneamiento de la crisis empresaria. In: CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL, 9., 2015. Córdoba. *Anais... Córdoba*, 2015.

MAMBRILLA RIVERA, V. El aumento del capital por compensación de créditos. In: ALONSO UREBA, Alberto (Coord.). *Derecho de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 1994, t. 3, v. 1.

MENA, Celina María. Cesación de pagos vs. Insolvencia. In: HOMENAJE al Dr. Osvaldo J. Maffía. Córdoba: Lerner, 2008.

MICELLI, Maria I. Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito. In: DERECHO concursal argentino e iberoamericano. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. t. 2.

MIOLA, Massimo. Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capital. *Rivista delle Società*, v. 50, p. 1199-1313, 2005.

NACIONES UNIDAS (ONU). Comisión de Derecho de Comercio Internacional. Recomendación de la comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. *UNCITRAL*, Bruselas, 12 mar. 2014.

NISSSEN, Ricardo Augusto. *La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

NORTE SABINO, Osvaldo José. Reintegro del capital social. In: CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, 3. 1982. *Anais...* Salta, 1982.

PALMERO, Juan Carlos. Nuevo enfoque para empresas en crisis: modificaciones destacables en relación a la ley 19.551: apreciación metodológica inicial: como entender el nuevo régimen concursal. *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas*, nov. 1995.

RAMÍREZ, Jorge Alejandro. Esencialismo vs. Convencionalismo: el planteo superador de Hart. In: ENCuentro Nacional de Profesores de "INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO", 2. 2009. Córdoba. *Anais...* Córdoba, 2009.

RICHARD, Efraín Hugo. Los administradores societarios y la insolvencia. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n. 203, 2003.

_____. Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria. In: CORDOBERA, Lidia M; Garrido; KLÜGER, Viviana (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2005.

_____. *Insolvencia societaria*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

_____. El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente). In: HOMENAJE al Dr. Osvaldo J. Maffía. Córdoba: Lerner, 2008.

_____. Sobre la conservación de la empresa: en torno a aspectos patrimoniales. In: FARHI, Diana; GEBHARDT, Marcelo. Derecho económico empresarial: estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría. Buenos Aires: La Ley, 2011.

_____. La empresa: su organización y crisis. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n. 253, mar./abr. 2012.

_____. Notas en torno a la preconcursalidad societaria. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n. 20, p. 423-446, 2014.

_____. El presupuesto objetivo en concurso de sociedades: la cesación de pagos. In: CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL, 9., 2015. Córdoba. *Anais...* Córdoba, 2015.

RICHARD, Efraín Hugo; JUNYENT BAS, Francisco; MUIÑO, Orlando Manuel. Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, v. 30, 1997.

RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho societario: sociedades comerciales, civil y cooperativa*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

VAN THIENEN, Pablo A. Pérdida total del capital social: ¿reintegro, aumento u operación bandoneón. *CEDEF: law & finance*, n. 1, 2015.

VIVANTE, Cesare. *Tratado de derecho mercantil*: versión española de la 5a ed. italiana corr., aum. y reimpres. Madrid: Reus, 1932. v. 2.

Ferramentas da transparência

O possível impacto da Lei de Acesso a Informações Públicas no debate sobre regulamentação do *lobby* no Brasil

WAGNER PRALON MANCUSO

FABIANO ANGÉLICO

ANDRÉA CRISTINA OLIVEIRA GOZETTO

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir como a falta de registros importantes pode prejudicar a *accountability*. Mais especificamente, focalizamos o debate sobre regulamentação do *lobby* à luz da lei brasileira de acesso à informação. Embora o Congresso Nacional discuta a regulamentação do *lobby* há duas décadas e meia, ainda não aprovou uma lei que obrigue o registro dos lobistas e de seus contatos com os tomadores de decisões. Entendemos que a falta desses registros cria um *deficit* de informação sobre algo de grande interesse público – as interações dos representantes de interesses com os tomadores de decisões –, o que prejudica o governo aberto. Sustentamos que, embora a Lei de Acesso à Informação Pública (LAIP) e a regulamentação do *lobby* sejam medidas similares que promovem a transparência, a aprovação daquela não é suficiente para dispensar a regulamentação do *lobby*, pois esta envolve elementos que não são cobertos por aquela. Apontamos ainda que tanto a LAIP quanto a regulamentação do *lobby* têm limites que devem ser compreendidos, enfrentados e superados.

Palavras-chave: Transparência. *Accountability*. *Lobby*. Regulamentação do *lobby*. Lei de Acesso à Informação Pública.

1. Introdução

Recebido em 8/4/15
Aprovado em 26/5/15

O *lobby* é um fenômeno onipresente nas democracias (THOMAS, 2004), inclusive na brasileira (MANCUSO; GOZETTO, 2013). Ele

ocorre quando agentes sociais tomam a iniciativa de contatar membros do poder público capazes de tomar decisões, a fim de apresentar-lhes seus interesses e pleitos.

Praticado em diversos estágios do ciclo das políticas públicas – desde a definição da agenda governamental, até a formulação de projetos e a implementação de ações –, o *lobby* pode, ao mesmo tempo, trazer contribuições e acarretar problemas. Por um lado, quando obedece ao ordenamento jurídico vigente, o *lobby* pode ser útil aos decisores, proporcionando-lhes informações sobre itens da agenda decisória; aos interesses dos representados, oferecendo-lhes a oportunidade de serem ouvidos; à opinião pública, fomentando o debate sobre questões de interesse coletivo; e ao sistema político como um todo, contribuindo para sua legitimação, ao assegurar oportunidade de expressão para as demandas de relevantes interesses sociais. Por outro lado, quando é feito de forma ilícita, o *lobby* pode acarretar problemas graves, tais como crimes contra a administração pública (por exemplo: corrupção, tráfico de influência e fraude de concorrências). Entretanto, até mesmo o *lobby* lícito pode ocasionar problemas, tais como o desequilíbrio de poder em favor de interesses mais bem organizados, o que pode resultar na concessão de benefícios desproporcionais a esses interesses (MANCUSO; GOZETTO, 2011).

Diante da onipresença do fenômeno, bem como das contribuições e problemas potenciais a ele associados, coloca-se o desafio de impor-lhe transparência. A regulamentação do *lobby* é uma medida frequentemente mencionada quando se pensa no enfrentamento dos desafios de combate ao *lobby* ilícito, de fomento às contribuições do *lobby* lícito e compensação do desequilíbrio favorável a interesses especiais (MANCUSO; IANONI; GOZETTO, 2012). Em linhas gerais, regulamentar o *lobby* corresponde a levantar e divulgar informações sobre os lobistas e as interações que eles mantêm com os decisores, assim como definir padrões para essas interações.

Há duas décadas e meia dormitam no Congresso Nacional proposições legislativas para a regulamentação do *lobby*. No entanto, em 18/11/2011, foi sancionada no Brasil a Lei nº 12.527, que regula o acesso a informações públicas. Nosso objetivo neste artigo é refletir sobre o alcance e o limite do impacto que essa nova Lei pode exercer no debate acerca da regulamentação do *lobby*. A reflexão que propomos está organizada em torno de cinco ideias, cada uma das quais é tratada em uma seção deste trabalho.

A primeira ideia é que tanto a LAIP quanto a regulamentação do *lobby* são medidas voltadas para um mesmo fim: a promoção da transparência no exercício do poder público. Portanto, essa ideia se refere à

similaridade de natureza entre ambas as medidas.

A segunda ideia diz respeito aos fatores responsáveis pela diferença de trajetória das duas medidas. Que fatores internos e externos impulsionaram a aprovação da LAIP? Que fatores têm obstado a regulamentação do *lobby* no Brasil? Essas são as questões focalizadas na segunda seção do artigo.

A terceira ideia é que as duas medidas têm significativa sinergia potencial. Isso porque, de um lado, a regulamentação do *lobby* traz informações novas, de relevante interesse público, a serem divulgadas no âmbito da LAIP e, de outro lado, a LAIP cria um quadro que favorece o avanço da regulamentação do *lobby*.

A quarta ideia é que, apesar da sinergia que mantêm entre si, a LAIP não pode dar conta de todos os elementos envolvidos na regulamentação do *lobby*. A existência dessas lacunas mostra que a aprovação da LAIP não torna obsoleta a discussão sobre regulamentação do *lobby* – pelo contrário, torna-a mais oportuna e a estimula. A LAIP e a regulamentação do *lobby* são medidas correlatas, mas também complementares.

A quinta ideia, desenvolvida na seção final, aponta para limites das ferramentas de transparência e sugere formas de enfrentá-los e superá-los.

2. Lei de Acesso a Informações Públicas e regulamentação do *lobby*: medidas de natureza similar

A LAIP e a regulamentação do *lobby* são medidas similares porquanto procuram introduzir transparência no exercício do poder público. A LAIP, mais geral, confere transparência a todas as informações sob a guarda do Estado – exceto àquelas cujo sigilo seja impres-

cindível à segurança da sociedade e do Estado. A regulamentação do *lobby*, mais específica, busca conferir transparência às interações dos decisores com os lobistas.

A transparência do poder público é valorizada por diferentes polos do espectro ideológico (ANGÉLICO, 2012). Sob o prisma liberal, o Estado é uma espécie de “mal necessário”, um ente que precisa ser controlado e vigiado. Daí a importância da transparência: somente com o acesso a informações é que a sociedade poderá verificar o que se passa nas entranhas dos governos. A transparência também é valorizada pelos mais preocupados com a igualdade e com a garantia de direitos sociais básicos por meio de ações do Estado – especialmente em países em desenvolvimento. Uma vez que em países mais pobres o Estado é fundamental na garantia de saúde, educação, moradia e outros “direitos da primeira geração”, exige-se transparência para que os movimentos sociais possam acompanhar e, eventualmente, direcionar a execução de políticas públicas sociais. Como destacam Abramovich e Courtis (2000, p. 2), além do valor próprio, a informação também detém um valor instrumental, que serve de pressuposto ao exercício de outros direitos.

Joseph Stiglitz, prêmio Nobel de economia por seus trabalhos sobre assimetria informacional, argumenta que existe, nas sociedades democráticas, um “direito básico de saber”, de ser informado sobre o que o governo está fazendo e por quê. O segredo seria a antítese de valores democráticos e indicaria a falta de confiança entre governantes e governados, além de agravá-la. Para Stiglitz (2001, p. 115), a participação nos processos democráticos requer participantes informados e o “sigilo reduz a informação disponível aos cidadãos, diminuindo sua capacidade de participar *de forma significativa*”.

A noção de transparência, porém, não está apenas ligada à questão da participação, nem se limita a ser uma arma para a garantia de direitos sociais. Argumenta-se que o acesso a informações governamentais teria o condão de tornar a administração pública “eficiente, responsiva e livre de corrupção” (ANGÉLICO, 2012). Ou seja: apesar da ênfase recente na garantia de direitos – principalmente os sociais – e no destaque à questão da participação política, mantêm-se os pressupostos liberais de que a transparência é importante para a prevenção e o combate à corrupção e para um Estado mais eficaz, eficiente e responsivo. Nesse sentido, Robert Klitgaard escreve em *Controlling Corruption*, obra clássica no campo dos estudos sobre o fenômeno da corrupção, que esse fenômeno “floresce na ignorância e na incerteza” (c1988, p. 200) e acrescenta que a corrupção é menos prevalente quando há vasta disponibilidade de informação sobre o que o agente público está fazendo ou não.

Em apresentação realizada em 2010 no Conselho da Transparência, órgão consultivo ligado à Controladoria Geral da União, o então representante da UNESCO no Brasil, Vincent Defourny, juntou as duas visões em prol da transparência pública: a liberal e a progressista. Por um lado, o acesso a informações públicas favorece o “empoderamento da população” e, conseqüentemente, uma “participação qualificada na vida da cidade”, o que leva à proteção e à promoção dos direitos. Por outro lado, a transparência pública leva a menores custos de transação, o que acarreta maior “eficiência na gestão da coisa pública” (UNESCO, 20--).

A LAIP trata do acesso a registros, dados e documentos já consolidados. Em outras palavras, para que a transparência se efetive por meio da LAIP, é imprescindível que haja o registro da informação requerida. Eis o que diz o artigo 13 do Decreto nº 7.724/2012, que regulamentou a LAIP no âmbito do Executivo Federal:

Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:

I – genéricos;

II – desproporcionais ou desarrazoados; ou

III – que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade (BRASIL, 2012).

É nesse sentido que a regulamentação do *lobby* se coloca como outra discussão relevante para a abertura do Estado. Para ter acesso a informações sobre lobistas e suas interações com agentes públicos, é preciso haver regras que determinem que tais informações sejam registradas. Tais regras devem estabelecer o conteúdo desses registros, bem como a

responsabilidade em produzi-los, guardá-los e divulgá-los, entre outros aspectos.

Como se destacou acima, assim como a LAIP, também a regulamentação do *lobby* é vista como ferramenta para a transparência do poder público, e ambas as propostas baseiam-se em princípios e diretrizes comuns.

Cabe transcrever aqui o artigo 3º da LAIP, para se ter clareza de seus princípios e diretrizes:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V – desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, 2011).

Observe-se, adicionalmente, o artigo 2º do projeto de regulamentação do *lobby* apresentado pelo deputado federal César Colnago (PSDB/ES), em abril de 2012, à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, como substitutivo ao projeto do deputado Carlos Zarattini (PT/SP):

Art. 2º O exercício da atividade disciplinada nesta Lei orientar-se-á por princípios éticos e morais e, especialmente, pelos princípios da legalidade, da moralidade e da probidade administrativa, atendendo às seguintes diretrizes:

I – Transparência e publicidade dos atos;

II – Garantia de livre manifestação de pensamento e participação;

III – Livre acesso à informação, salvo nos casos de sigilo legal; e

IV – Garantia de tratamento isonômico aos diferentes grupos e opiniões.

A expectativa dos proponentes da regulamentação do *lobby* é que essa medida possa se somar à LAIP como instrumento de transparência do poder público. Em outras palavras, se, como afirma Joseph Stiglitz, o “direito de saber” envolve conhecer o que os governos estão fazendo e por que, então uma lei de acesso a informações públicas pode ser necessária, mas não suficiente. Nesse diapasão, além do acesso às informações públicas já existentes, é importante criar informações novas a serem registradas e divulgadas, sobretudo acerca das interações entre atores sociais e agentes públicos. Portanto, nosso argumento é que a LAIP e a regulamentação do *lobby* são medidas de natureza similar e complementares. Combinadas, podem ajudar a compreender melhor como e por que os governos fazem o que fazem.

3. Lei de Acesso a Informações Públicas e regulamentação do *lobby*: trajetórias distintas

Embora sejam medidas correlatas e complementares, a LAIP e a regulamentação do *lobby* têm trajetórias distintas no Brasil. Como vimos acima, a LAIP logrou ingressar no ordenamento jurídico nacional há cerca de cinco anos. Já a regulamentação do *lobby* tem sido discutida pelo Congresso Nacional desde o final da década de 1980, mas até hoje nenhuma decisão final foi tomada sobre o tema. Esta se-

ção procura refletir sobre os fatores responsáveis por essa diferença de trajetórias.

A trajetória da Lei de Acesso a Informações Públicas, no âmbito do poder legislativo federal, iniciou-se com a apresentação do PL nº 219, em 26 de fevereiro de 2003, pelo deputado federal Reginaldo Lopes (PT/MG). Em 2006, na campanha presidencial, o então candidato à reeleição, Luiz Inácio Lula da Silva, comprometeu-se publicamente a trabalhar para a aprovação de uma lei geral de acesso a informações públicas¹. Mas foi só em 2009, quando o Poder Executivo – com papel de destaque da Casa Civil, chefiada à época por Dilma Rousseff – decidiu enviar um projeto de lei para o Congresso (PL nº 5.228/2009), que a proposta começou a avançar com mais celeridade no Legislativo. Em 2010, o projeto da LAIP foi aprovado na Câmara dos Deputados e remetido ao Senado. Lá encontrou resistências, lideradas por dois ex-presidentes (Fernando Collor de Mello e José Sarney), mas, em outubro de 2011, o Senado aprovou o texto, que foi sancionado pela então presidenta Dilma Rousseff, em 18 de novembro de 2011 (ANGÉLICO, 2012).

A aprovação da LAIP deveu-se a uma confluência de fatores internos e externos. No plano interno, primeiramente é importante destacar que a LAIP regulamentou um dispositivo constitucional específico – o inciso XXXIII do artigo 5º da Lei Magna –, segundo o qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou geral, exceto aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Além do importante impulso de haver um dispositivo constitucional específico a ser regulamentado,

outros fatores internos também favoreceram a aprovação da LAIP. Deve-se destacar, por exemplo, a pressão exercida por organizações da sociedade civil, como o Fórum de Direito de Acesso a Informações Públicas², e pela imprensa, principalmente a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI. Deve também ser levado em conta o empenho pessoal de Dilma Rousseff, primeiramente como Ministra-Chefe da Casa Civil do Governo Lula, e posteriormente como Presidenta da República. Esse envolvimento deve-se, em grande medida, ao fato de Dilma Rousseff ter tido um passado de luta contra o regime militar, e ao seu interesse na abertura dos arquivos do tempo da ditadura.

Por outro lado, no plano externo, deve-se destacar a atuação de organismos internacionais, tais como a ONU e o Banco Mundial, que constantemente defenderam a aprovação de leis de acesso à informação (MENDEL, 2009). Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 2010, condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas durante a ditadura militar, entre 1972 e 1974. Na sentença, o Tribunal apontou expressamente a violação do direito de acesso a informações, pois o governo brasileiro não permitira o acesso a arquivos sob sua guarda, com informações sobre crimes perpetrados no período³. Ademais, os Estados Unidos convidaram o Brasil para colidir a iniciativa multilateral intitulada Parceria para o Governo Aberto (em inglês, OGP – *Open Government*

²Esse Fórum conta com mais de 20 entidades de diversos setores, desde a ABONG (Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais) até a AJUFE (Associação dos Juizes federais).

³ROMANELLI, Thais. Tribunal da OEA condena Brasil por crimes na guerrilha do Araguaia. *Carta Capital*, 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/tribunal-da-oea-condena-brasil-por-crimes-na-guerrilha-do-araguaia/>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Partnership), lançada em setembro de 2011, paralelamente à 66ª reunião da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tal iniciativa consiste, basicamente, no chamamento de países para que apresentem um plano de ações em prol da transparência. Naquela altura, o projeto de lei de acesso a informações públicas sofria resistências no Senado, mas sua aprovação era condição *sine qua non* para que o Brasil participasse e se colocasse como um dos líderes da iniciativa multilateral.

No que se refere à regulamentação do *lobby*, há atualmente três projetos de lei em tramitação no legislativo federal. Um deles é de autoria do ex-senador Marco Maciel (DEM-PE). Apresentado em 1989, o Projeto de Lei do Senado nº 203 foi rapidamente aprovado na Casa de origem e remetido à Câmara dos Deputados, onde se tornou o PL nº 6.132/1990 e está há 24 anos. O segundo projeto é de autoria do deputado federal Carlos Zarattini (PT-SP). O PL nº 1.202/2007 tramita na Câmara há sete anos, tendo recebido parecer pela aprovação na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público; e pela aprovação, com substitutivo, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. O autor desse terceiro projeto, apresentado em abril de 2012, é o deputado federal César Colnago (PSDB-ES).

A nosso ver, diversos fatores têm dificultado o avanço da regulamentação do *lobby* no Brasil, embora a ideia seja defendida por parlamentares de partidos políticos importantes e que pertencem a campos ideológicos diferentes, como o PT, o PSDB e o DEM (MANCUSO; GOZETTO, 2011).

Um dos fatores mais importantes é de ordem institucional. Regular o *lobby* envolve definir quem irá recolher e divulgar as informações sobre os lobistas e suas interações com os decisores públicos, implementar as normas, fiscalizar seu cumprimento e impor sanções em caso de desobediência. Não há consenso em torno desse ponto, que envolve questões sensíveis, como a relação entre os poderes, as relações inter e intraburocráticas, a partilha de recursos orçamentários, entre outras. As tarefas podem ser concentradas em um único órgão, em toda a esfera de aplicação da lei (órgão já existente ou a ser criado especificamente para esse fim), ou então ser divididas entre órgãos diferentes (por exemplo, um ou mais órgãos nos poderes executivo e legislativo). Além de definir quem irá desempenhar as tarefas, também é necessário definir o nível de autonomia que lhe será concedido, o que passa, por exemplo, pelas regras de nomeação e demissão dos dirigentes do(s) órgão(s), bem como a infraestrutura que lhe será disponibilizada, o que envolve dotações orçamentárias. Argumentaremos adiante que a LAIP equaciona, em alguma medida, esse problema institucional.

O segundo fator é a hesitação dos próprios lobistas em fazer *lobby* pela regulamentação da atividade. Essa hesitação provavelmente está ligada à incerteza quanto aos benefícios e custos a serem gerados pela medida. Do lado dos benefícios, a regulamentação do *lobby* poderia resultar em melhora da imagem pública dos profissionais da área, usualmente associados com a defesa de interesses ilegítimos em cenários de pouca visibilidade. Todavia, do lado dos custos, teme-se que a regulamentação burocratize excessivamente a atividade, ao exigir constante prestação de contas sobre os gastos e atividades realizados, e que, além disso, aumente a concorrência no mercado de representação de interesses.

O terceiro fator é a falta de pressão social em favor dessa medida, diferentemente do que ocorreu, por exemplo, com o projeto de lei de iniciativa popular que exigia *ficha limpa* para os candidatos a cargos eletivos e resultou na aprovação da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. A questão da regulamentação do *lobby* parece ter um caráter cíclico na agenda pública: vem à tona sempre que surgem escândalos relacionados com a prática do *lobby* ilícito, mas reflui à medida que tais escândalos desaparecem do noticiário.

Por fim, em quarto lugar, o poder executivo federal ainda não decidiu empenhar-se abertamente pela regulamentação do *lobby* no Congresso, seja enviando um projeto próprio, seja mobilizando sua base de apoio em favor de algum dos projetos existentes. Como se sabe, a maior parte da produção legislativa de nível nacional no Brasil é iniciada pelo poder executivo (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999). Além disso, o envolvimento do executivo pode ser decisivo para o avanço de projetos, mesmo que eles não sejam de sua autoria. Ainda não se observou o envolvimento direto do governo com a regulamentação do *lobby*, mas alguns

passos já foram ensaiados nessa direção, como a realização, em novembro de 2008, no segundo governo Lula, do Seminário Internacional sobre Intermediação de Interesses: a Regulamentação do *Lobby* no Brasil, promovido pela Controladoria-Geral da União (CGU), pela Casa Civil e pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça⁴. Recentemente, a regulamentação do *lobby* parece ter ganhado novo impulso na agenda do executivo federal, como item integrante do pacote de respostas do governo às manifestações populares de junho de 2013⁵.

4. Lei de Acesso a Informações Públicas e regulamentação do *lobby*: sinergia potencial significativa

A LAIP e a regulamentação do *lobby* têm significativa sinergia potencial, por duas razões. A primeira delas é que a regulamentação do *lobby* pode trazer informações novas, de relevante interesse público, a serem divulgadas no âmbito da LAIP.

Como foi dito acima, a LAIP regula o acesso a informações públicas, previsto na Constituição brasileira. Em linhas gerais, dispõe que toda informação pública já existente, sob a guarda do Estado, seja colocada à disposição dos cidadãos – com as exceções previstas no capítulo IV da Lei. A LAIP define duas formas de acesso à informação, chamadas de “transparência ativa” e “transparência passiva”. Quanto à transparência ativa, a Lei estabelece uma série de informações que devem ser apresentadas por iniciativa dos próprios órgãos públi-

⁴Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/eventos/SeminarioLobby/Index.asp>>. Acesso em: 2 jul. 2013.

⁵Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=848058&t=1>>. Acesso em: 2 jul. 2013.

cos, sem necessidade de requerimento⁶. Quanto à transparência passiva, a LAIP cria os SIC – Serviços de Informações ao Cidadão –, que devem estar preparados para receber pedidos de informação e ser capazes de processá-los e responder a eles com celeridade. A LAIP determina ainda que qualquer cidadão pode pedir informações e que tais solicitações não precisam ser justificadas: a lei, na verdade, proíbe o agente público de questionar a motivação da solicitação.

A regulamentação do *lobby* pode colocar novas informações à disposição dos cidadãos, referentes aos lobistas e às interações que eles mantêm com os decisores públicos. Usualmente a regulamentação do *lobby* determina que os lobistas devam registrar-se junto aos órgãos competentes, antes de iniciar seu trabalho de representação de interesses. Para obter esse registro, os lobistas podem ser solicitados a fornecer um conjunto de informações que serão divulgadas ao público. Tais informações podem ser relativas:

- a si mesmos, tais como nome, endereço, contatos etc.;
- a seus empregadores e chefes imediatos, ou àqueles que contrataram seus serviços temporariamente;
- ao segmento social cujos interesses defendem;
- aos temas que focalizam e aos objetivos que promovem;
- às instâncias decisórias, decisões e decisores que serão focalizados;
- aos recursos investidos no trabalho de defesa de interesses.

A regulamentação do *lobby* também pode estabelecer regras para as interações dos lobistas com os decisores. Tais regras podem determinar que:

- os contatos entre decisores e lobistas sejam precedidos por solicitação de audiência, em que os últimos especifiquem os assuntos a serem tratados;
- os decisores mantenham e divulguem a lista de audiências solicitadas e concedidas, inclusive aquelas realizadas fora do local de trabalho.
- os decisores registrem, arquivem e divulguem o conteúdo das audiências com lobistas.

O registro e a divulgação de informações sobre os lobistas, bem como sobre as interações destes com os decisores, podem impor maior transparência ao contato de segmentos sociais específicos com o po-

⁶Tais informações incluem (Lei nº 12.527/2011, art. 8º, § 1º): “I – registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; II – registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III – registros das despesas; IV – informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e VI – respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.”

der público. O interesse coletivo é favorecido quando os cidadãos conhecem mais a fundo os segmentos sociais que o Estado recebe e ouve durante os processos decisórios.

A segunda razão pela qual a LAIP e a regulamentação do *lobby* têm sinergia potencial é que a LAIP institui um quadro que favorece o avanço da regulamentação do *lobby*. Como já foi dito, a LAIP regulamenta o dispositivo constitucional segundo o qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou geral, exceto aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. É razoável sustentar que as informações referentes aos lobistas e suas interações com o poder público devam ser registradas e divulgadas, pois tais informações são, no mínimo, de interesse particular para os outros segmentos sociais envolvidos nas decisões focalizadas pelos lobistas, muitas vezes são de interesse geral e usualmente não afetam a segurança da sociedade e do Estado, dispensando o sigilo.

A LAIP também favorece o avanço da regulamentação do *lobby* porque se aplica igualmente a todos os órgãos da administração direta dos poderes executivo, legislativo (inclusive as Cortes de Contas) e judiciário, bem como do Ministério Público, no nível da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e também às “autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (artigo 1º da Lei nº 12.257/2011). Todas as instâncias cobertas pela LAIP podem ser – e de fato são – alvos de *lobbies*. Determinando que todas essas instâncias prestem aos cidadãos informações de interesse particular ou geral, a LAIP favorece a aprovação de uma lei ambiciosa de regulamentação do *lobby*, que determine às

mesmas instâncias a prestação de informações específicas, referentes aos lobistas que atuam junto a elas e às interações que mantêm com esses lobistas.

Além disso, a LAIP favorece a regulamentação do *lobby* porque resolve parte do desafio institucional a ela associado. De fato, a regulamentação do *lobby* requer a definição de órgãos responsáveis por registrar e divulgar as informações sobre os lobistas e suas interações com o poder público; por implementar e fiscalizar o cumprimento das regras; e por punir desvios em relação a elas. Conforme discutido na seção anterior, as definições institucionais têm sido um dos principais obstáculos ao avanço da regulamentação do *lobby*. A LAIP equaciona parte do desafio institucional associado à regulamentação do *lobby* porque, de um lado, determina que todos os órgãos e entidades públicas criem meios para divulgar as informações sob sua guarda (artigos 8º e 9º da LAIP). As soluções encontradas pelos órgãos e entidades públicas para atender ao disposto na LAIP também podem ser mobilizadas para divulgar as informações relativas ao *lobby*. De outro lado, a LAIP define condutas ilícitas de agentes públicos no que se refere às questões de informação, e estabelece punições relativas a essas condutas (artigo 32 da LAIP). Esse ponto da LAIP pode ser diretamente aplicável às condutas ilícitas de agentes públicos no que tange às informações sobre o *lobby*, bem como inspirar os trechos dos textos regulamentadores do *lobby* que tratem desse aspecto.

5. Lacunas que persistem

Pelo exposto nas seções anteriores, pode-se concluir até o momento que a LAIP e a regulamentação do *lobby* são medidas de natureza similar, que ajudam a promover a transparên-

cia no poder público; que as medidas tiveram trajetórias diferentes; que a regulamentação do *lobby* pode produzir informações novas e relevantes, a serem disponibilizadas no âmbito da LAIP; e que a LAIP contém disposições que facilitam o avanço da regulamentação do *lobby*.

Nesta seção, evidenciamos o limite do impacto que a LAIP pode exercer na discussão sobre regulamentação do *lobby*, pois, embora as duas medidas tenham pontos de contato importantes, a última envolve elementos próprios que não são cobertos pela primeira.

Não existe uma forma única de regulamentar o *lobby*. A produção e a divulgação de informações sobre os lobistas e sobre as interações que eles mantêm com o poder público – elemento tratado na seção anterior – usualmente são parte fundamental da regulamentação do *lobby*, mas não a esgotam necessariamente. Além desse elemento relativo à informação, os projetos de regulamentação do *lobby* também podem conter outros elementos, tais como: (i) a delimitação precisa do universo de agentes aos quais se aplicam; (ii) a definição de condutas exigidas ou vedadas a lobistas e a decisores, e o estabelecimento de punições em caso de desobediência; e (iii) a definição de órgãos responsáveis pela implementação e pelo *enforcement* das disposições estabelecidas nos projetos. Esses elementos específicos não podem ser tratados no âmbito de uma lei de acesso a informações. Sendo assim, a aprovação da LAIP não prejudica nem torna obsoleta a discussão sobre regulamentação do *lobby*. As duas medidas não são apenas similares e correlatas, mas também complementares.

Quanto ao primeiro elemento, isto é, à delimitação do subconjunto de agentes a que a regulamentação do *lobby* efetivamente se aplica, os critérios mais utilizados têm sido níveis mínimos de tempo e de dinheiro aplicados na defesa de interesses. Essa preocupação é fre-

quente para diferenciar o lobista do cidadão comum, que deve ter preservado seu direito de interpelar livremente os decisores a respeito de itens da agenda decisória. Assim, por exemplo, a regulamentação do *lobby* pode aplicar-se exclusivamente àqueles indivíduos que dedicam determinada proporção de sua jornada de trabalho àquela atividade, ao longo de determinado período; e/ou que recebem pela atividade alguma quantia mínima, ou determinada proporção de sua renda.

Quanto ao segundo elemento, a regulamentação do *lobby* pode exigir (ou vedar) outros comportamentos de lobistas e decisores, além da prestação das informações mencionadas na seção anterior. No que se refere aos lobistas, pode-se exigir, por exemplo, que frequentem determinados cursos de formação; que subscrevam códigos de conduta, a serem observados na interação com os decisores; ou que não incluam “taxas de sucesso” em seus honorários – isto é, valores a serem pagos somente em caso de êxito no trabalho de representação. No que se refere aos decisores, a regulamentação do *lobby* pode instituir o direito ao contraditório, obrigando-os a receber lobistas contrários àqueles que solicitaram audiência, antes de tomar a decisão. A regulamentação pode também proibir-los de prestar serviços, tais como assessorias ou consultorias; e de receber presentes, favores e convites remunerados – ou, alternativamente, estabelecer patamares suficientemente baixos para o valor aceitável de serviços, presentes, favores e convites, de modo a não colocar suas decisões sob suspeição. A regulamentação do *lobby* pode ainda estabelecer um período de “esfriamento” ou “quarentena” para recém-egressos do poder público, durante o qual eles não possam atuar como lobistas.

Quanto ao terceiro elemento, relativo ao arcabouço institucional necessário para efeti-

var a regulamentação do *lobby*, vimos na seção anterior que a LAIP pode ser útil ao instituir, em todos os órgãos e entidades públicas, meios de divulgação das informações sob sua guarda; e ao definir condutas ilícitas e punições para agentes públicos, no que tange às questões de informação. Persistem, entretanto, outros desafios institucionais. Por exemplo, a LAIP tratou da “porta de saída” das informações sobre o *lobby*, mas a regulamentação precisa definir a “porta de entrada”, isto é, onde serão recolhidas e registradas as informações sobre os lobistas e suas interações com os decisores. A regulamentação precisa também apontar o órgão responsável por fiscalizar e monitorar a implementação das normas relativas ao *lobby*. A regulamentação precisa ainda estipular as punições aplicáveis às condutas ilícitas de lobistas e decisores que não tenham a ver estritamente com o acesso à informação, bem como indicar os procedimentos e órgãos envolvidos na aplicação dessas punições.

Neste artigo, não advogamos nenhuma forma específica de regulamentação do *lobby*. Entendemos, todavia, que a regulamentação da atividade é uma medida similar, correlata e complementar à política de acesso a informações públicas, com potencial para introduzir transparência no poder público e para colaborar no enfrentamento do desafio colocado na introdução. De fato, ao iluminar a interação de lobistas e decisores e definir padrões para essa interação, a regulamentação do *lobby* pode reduzir o espaço do *lobby* ilícito. Pode também incentivar o aprimoramento do *lobby* lícito, com benefícios para decisores, interesses, opinião pública e o sistema político. Pode ainda estimular a constituição de forças sociais que se oponham à concessão de privilégios injustificáveis a interesses especiais, seja diretamente, ao determinar o direito ao contraditório, seja indiretamente, ao divulgar informações que favoreçam a mobilização de interesses opostos e que possam ser utilizadas de forma combativa pela sociedade organizada, pela mídia ou pelos órgãos de controle.

6. Considerações finais

Por todo o exposto, entendemos que a LAIP e a regulamentação do *lobby* são medidas capazes de colaborar para a ampliação da transparência no exercício do poder público, ajudando o cidadão a compreender o que o Estado faz e por que faz.

Após termos refletido sobre os efeitos potenciais da LAIP no debate sobre a regulamentação do *lobby* e de termos argumentado em favor das duas ferramentas de transparência, queremos agora, para concluir,

apontar alguns de seus limites e possíveis caminhos para enfrentá-los e superá-los.

Um dos limites da regulamentação do *lobby* é a dificuldade de apreender o *lobby* informal, que usualmente ocorre fora do local e do horário regular de trabalho do decisor e que, muitas vezes, está associado à ilicitude e aos crimes contra a administração pública. Entendemos que a regulamentação do *lobby*, por estimular a formalização da representação de interesses, é uma medida potencialmente importante para combater o *lobby* ilícito. Entretanto, não é suficiente para esse fim, devendo integrar uma estratégia mais ampla que também envolve outras medidas, como a vigilância exercida pela mídia, pelas oposições, por organizações sociais e, sobretudo, por órgãos públicos de controle interno e externo – inclusive a polícia, os serviços de inteligência, o Ministério Público e o Judiciário.

Em segundo lugar, ferramentas de transparência como a LAIP e a regulamentação do *lobby* colocam uma miríade de informações à disposição dos cidadãos, mas não podem garantir que essas informações sejam efetivamente utilizadas. Esse ponto é bem discutido por Amitai Etzioni (2010), que chama a atenção para o custo cognitivo de recolhimento e de processamento das informações disponibilizadas pelas políticas de transparência. Algumas organizações mencionadas no parágrafo anterior (ONG, mídia, partidos políticos), bem como organizações acadêmicas (por exemplo, centros de pesquisa), podem servir como intermediários no processamento das informações, mas, ao fazê-lo, há o risco de que introduzam seus próprios vieses. Por essa razão, caso a regulamentação do *lobby* venha a ser aprovada, é importante que o poder público leve em conta, também nesse caso, a determinação expressa no artigo 5º da LAIP, de que a informação pública seja franqueada com

objetividade, clareza e facilidade de compreensão. Isso é necessário para, nos termos de Fox (2007), fomentar-se a “transparência clara”, que disponibiliza informação útil e confiável, e evitar-se o engodo da “transparência opaca”, que, na prática, não revela como as instituições funcionam.

O terceiro limite tem a ver com a insuficiência das medidas de transparência para equilibrar o campo de jogo em que atuam os *lobbies*, embora a regulamentação da atividade possa contribuir para esse fim, conforme discutido na seção anterior. De fato, as medidas de transparência podem revelar para o público o predomínio de interesses especiais, mas ao mesmo tempo podem ser insuficientes para reverter o desequilíbrio favorável aos grupos mais organizados e financiados. Para enfrentar esse problema, o poder público pode assumir um papel mais ativo. Um dos modos de fazer isso é facilitar a organização, a mobilização e o exercício de pressão política por parte de segmentos sociais relevantes, mas tradicionalmente marginalizados, que apresentam *deficit* de ação coletiva, tais como os pequenos consumidores, os pequenos contribuintes, os desabrigados, os desempregados, os idosos, as pessoas com necessidades especiais, as vítimas de formas diversas de exclusão socioeconômica etc. Outro modo é capacitar órgãos estatais como a defensoria pública e o ministério público para agir em defesa desses interesses relevantes e mal representados em processos decisórios. Um terceiro modo é ampliar a frequência e a importância de espaços públicos formais, oficiais e abertos de articulação de interesses, tais como consultas públicas, audiências públicas, conselhos e conferências de políticas públicas etc. As duas primeiras providências citadas neste parágrafo são importantes para que o desequilíbrio de poder não se reproduza inclusive no interior desses espaços.

Em síntese, acreditamos que a LAIP e a regulamentação do *lobby* não devem ser vistas como a panaceia para a construção do bom governo, mas podem oferecer uma contribuição relevante nesse sentido, desde que integradas a outras medidas que procurem preencher suas lacunas e compensar os seus limites.

Sobre os autores

Wagner Pralon Mancuso é doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor do bacharelado em Gestão de Políticas Públicas da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor e orientador nos programas de pós-graduação em Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: pralon@usp.br

Fabiano Angélico é mestre em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EAESP-FGV), São Paulo, SP, Brasil; pesquisador do Centro de Estudos em Administração Pública e Governo da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo (FGV), São Paulo, SP, Brasil; coordenador de Promoção da Integridade da Controladoria Geral do Município de São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: fabianoangelico@gmail.com

Andréa Cristina Oliveira Gozetto é pós-doutora em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, SP, Brasil; doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Campinas, SP, Brasil; mestre em Sociologia Política pela Universidade de São Paulo (Unesp), Araraquara, SP, Brasil; professora na Faculdade Anhanguera de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; coordenadora acadêmica do Instituto de Desenvolvimento Educacional (IDE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV).
E-mail: acjoliveira@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁷

TOOLS OF TRANSPARENCY: THE POSSIBLE IMPACT OF THE LAW OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION ON THE DEBATE ON LOBBYING REGULATION IN BRAZIL

ABSTRACT: This paper aims to discuss how the absence of important records can hamper accountability. More specifically, we focus on lobbying regulation debate with regard to Brazilian ATI law. Although Brazilian Congress has been discussing lobbying regulation for two and a half decades, it was not able yet to approve a law that obliges the registering of lobbyists and their contacts with decision-makers. We think that the lack of these records creates a deficit of information on something that has great public interest – interactions between interest representatives and decision-makers – so hampering open government. We sustain that, although ATI laws and lobbying regulation are similar in

⁷Sem revisão do editor.

promoting transparency, the approval of an ATI law is not enough to disregard lobbying regulation, for the latter includes elements not dealt with by the former. In addition, we show that ATI laws and lobbying regulation have limits that must be understood, faced and overcome.

KEYWORDS: TRANSPARENCY. ACCOUNTABILITY. LOBBYING. LOBBYING REGULATION. "ACCESS TO INFORMATION" LAW.

Como citar este artigo

(ABNT)

MANCUSO, Wagner Pralon; ANGÉLICO, Fabiano; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Ferramentas da transparência: o possível impacto da Lei de Acesso a Informações Públicas no debate sobre regulamentação do lobby no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 41-56, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p41>.

(APA)

Mancuso, Wagner Pralon, Angélico, Fabiano, & Gozetto, Andréa Cristina Oliveira. (2016). Ferramentas da transparência: o possível impacto da Lei de Acesso a Informações Públicas no debate sobre regulamentação do lobby no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 41-56. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p41

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. El acceso a la información como derecho. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, n. 10, 2000.

ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de acesso à informação pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil*. 2012. 133 f. Dissertação (Mestrado em administração pública e governo)–EAESP-FGV, São Paulo, 2012.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2011.

_____. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. *Diário Oficial da União*, 16 maio 2012.

ETZIONI, Amitai. Is transparency the best disinfectant?. *The Journal of Political Philosophy*, v. 18, n. 4, 2010.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV: FAPESP, 1999.

FOX, Jonathan. The Uncertain Relationship between Transparency and Accountability. *Development in Practice*, v. 17, n. 4-5, p. 663-671, 2007.

KLITGAARD, Robert E. *Controlling corruption*. Berkeley: University of California Press, c1988.

MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby: instrumento democrático de representação de interesses? *Organicom*, v. 8, n. 14, jan./jun. 2011.

_____. Lobby e políticas públicas no Brasil. In: LUKIE, Melina Rocha; TOMAZINI, Carla (Coord.). *As ideias também importam: abordagem cognitiva e políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2013.

MANCUSO, Wagner Pralon; IANONI, Marcus; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby e reforma política. *Teoria e Debate*, v. 98, 9 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.teoriaedebate.org.br/materias/politica/lobby-e-reforma-politica?page=full>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: UNESCO, 2009.

STIGLITZ, Joseph. On liberty, the right to know, and public discourse: the role of transparency in public life. In: CHANG, Ed Ha-Joon. *The Rebel Within*. London: Anthem, 2001.

THOMAS, Clive S. (Ed.). *Research guide to U.S. and international interest groups*. Westport: Praeger Publishers, 2004.

UNESCO. *Direito à Informação: peça-chave nas engrenagens da Sociedade do Conhecimento*. UNESCO, 20---. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/conselho-da-transparencia/documentos-de-reunioes/arquivos/12-apresentacao-conselho-da-transparencia-vincent-defourny-0405102.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

Reclamação (in)constitucional?

Análise do novo Código de Processo Civil

FELICIANO DE CARVALHO

Resumo: A reclamação originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões de tais tribunais também serve para preservar a observância das súmulas vinculantes da Suprema Corte. Com a Lei nº 13.105/2015, que cria o novo Código de Processo Civil, a reclamação passa a ser de competência de qualquer tribunal e também servirá para observar teses jurisprudenciais oriundas de julgamentos de uniformização. Analisa-se a constitucionalidade do novo regime da reclamação, em especial a vinculação das teses jurisprudenciais com previsão em lei infraconstitucional. A pesquisa é bibliográfica, pura e qualitativa. Conclui-se pela constitucionalidade das mudanças na reclamação em prestígio da razoabilidade, do direito de igualdade, das garantias da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Palavras-chave: Reclamação. Constitucionalidade. Código de Processo Civil. Vinculação. Jurisprudência.

Introdução

O processo constitucional brasileiro há tempos se debruça sobre o instituto da chamada reclamação constitucional com divergências tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial e ainda sem consenso a respeito de sua natureza jurídica, hipóteses de cabimento e competência para julgamento. A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC) no Estado brasileiro, inovou ao regulamentar a reclamação no espaço geral das leis processuais, além de ter concebido a reclamação com novas hipóteses de cabimento e com variada competência por parte dos tribunais.

Recebido em 7/12/15
Aprovado em 12/4/16

Se o estudo da reclamação já era polêmico, com o novo CPC a validade do novo regime jurídico do instituto será posta à prova, especificamente no que se refere à compatibilidade das novas diretrizes com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Fundamentalmente, o legislador infraconstitucional será – já está sendo – acusado de ter tratado de tema afeto à estrita disciplina do regime constitucional, ou seja, de ter inovado por meio de lei ordinária federal em matéria que somente uma emenda constitucional teria autorização formal para fazê-lo.

O objeto do presente estudo será aferir se a nova estrutura normativa da reclamação é ou não compatível com a ordem constitucional brasileira. Para tanto, serão traçadas considerações gerais sobre a reclamação constitucional; em seguida, cuidar-se-á das novas disposições sobre esse instituto no novo Código de Processo Civil para, enfim, proceder à análise crítica a respeito da constitucionalidade do novo regime jurídico.

1. Reclamação constitucional: considerações gerais

Dispõem o art. 102, I, *l*, e o art. 105, I, *f*, da CF/1988 que é da competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgar a reclamação para a preservação de suas respectivas competências e garantia da autoridade de suas decisões. Por sua vez, o art. 13 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, traça um procedimento célere para o julgamento da reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. É de se pontuar que, para bem compreender a reclamação, é necessário entender o porquê do seu surgimento.

A reclamação é uma criação informal da praxe do STF: configura uma autorreferência

do Poder Judiciário para atender as suas conveniências de trabalho, o que não a desmerece e muito menos diminui a sua relevância processual. Com efeito, a positivação do direito decorre ordinariamente dos costumes, dos comportamentos reiterados tidos como válidos pelos atores das relações sociais. A posterior escrituração do direito o torna mais seguro, previsível e, efetivamente, o consagra.

O ponto de partida é a existência do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, isto é, do Supremo Tribunal Federal, que desde a Constituição de 1891 também exerce a função de corte constitucional no Brasil. As hipóteses de ações originárias no STF sempre foram restritas, assim como as hipóteses de competência para o julgamento de recurso ordinário e extraordinário. Como regra, as ações devem ser julgadas pelas instâncias inferiores, inclusive em grau recursal, quando os fatos e as provas podem e devem ser reanalisados. Ao órgão de cúpula deve ser reservado o julgamento das ações originárias, dos recursos ordinários e extraordinários que realmente tragam relevância jurídico-constitucional, com ênfase na interpretação abstrata do direito e menos nos fatos peculiares de um caso concreto, de modo a servir de paradigma para outras situações e harmonização da atuação judicial. Por tal lógica, o acesso à Corte de Superposição é estreito. A relação processual a ser julgada, por qualquer que seja o instrumento jurídico, deve adequar-se a alguma das competências referidas da corte, do contrário o processo deve encerrar-se nas instâncias comuns. Não obstante, em situações excepcionais, algum órgão judicial inferior pode estar usurpando atribuição processual que seria de competência do STF, como exercer persecução penal sobre quem detém foro por prerrogativa de função; ou então pode estar descumprindo, numa fase processual de efetivação, o que fora julgado

pela Corte Suprema naquele feito. Em tais situações, a parte prejudicada pode questionar pelos meios recursais adequados os referidos vícios, inclusive com a possibilidade de ao final apresentar recurso para o STF. No entanto, o trâmite regular do processo gera dois inconvenientes: em primeiro lugar, a demora na resolução da controvérsia que pode ser até uma prejudicial de mérito, como a competência do órgão julgante; caso se apure em todas as instâncias a competência e essa realmente tiver sido usurpada do STF, a relação processual perante o juiz natural só se iniciará depois de desnecessária demora; em segundo lugar, o acesso ao Supremo Tribunal Federal, via recurso ordinário ou extraordinário, exige da parte muita atenção sobre formalidades processuais que, uma vez descumpridas, podem extinguir o processo. Nesta última situação, poder-se-ia ou ter-se-ia que tolerar uma decisão de um juízo de 1º grau que descumpra uma anterior decisão do STF naquele feito, mas que prevaleceria sobre a decisão do Tribunal Supremo simplesmente porque a parte deixou de atender a algum requisito recursal.

Assim, no início informalmente, o STF processava petições simples que reclamavam usurpação de competência ou a não observância do que fora decidido pela Corte Suprema em alguma determinada relação processual. A razão jurídica estaria nos poderes implícitos do STF sobre a sua competência e a autoridade de suas decisões. Atribui-se a origem da reclamação à paternidade jurisprudencial, mas não se olvide que a jurisprudência só se forma quando provocada por advogado diante da inércia inerente à atividade jurisdicional, daí se preferir dizer que a reclamação surgiu da luta entre advogados. Em relação à evolução da reclamação na ordem jurídica brasileira, anota Zamarian (2013, p. 4-5):

1ª) fase de formulação do instituto: iniciada a partir da criação do STF, a reclamação constitucional foi sendo construída pela jurisprudência, exponencialmente pela Reclamação n. 141, de 25 de janeiro de 1952, que baseou-se na teoria americana dos poderes implícitos [*implied powers*], segundo a qual, ao se conferir competência geral para determinados órgãos, abrange-se também, independentemente de previsão legal, os meios para executá-la; 2ª) fase de discussão: deu-se a partir da introdução da reclamação constitucional no Regimento Interno do STF, em 1957; 3ª) fase de consolidação: iniciada com a promulgação da Constituição Federal de 1967, que deu respaldo ao instituto, conferindo ao RISTF o poder de estabelecer 'o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso'(art. 115, 'c'), e mantida pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 e n. 7 de 1977. 4ª) fase de definição do instituto: a partir da EC n.7/77, que conferiu competência ao STF para avocar causas processadas em qualquer juízo, mediante pedido do Procurador Geral da República [art. 119, I, 'o'], como forma de preservação da competência daquele órgão; 5ª) fase de plenificação constitucional da reclamação: que se deu com a promulgação da Constituição de

1988, a qual passou a prever expressamente o instituto denominado 'reclamação' [art. 102, I, 'f' e art. 105, I, 'f']. Mais recentemente, com a edição da Emenda Constitucional n. 45/04, a doutrina vem afirmando já estar o instituto em sua sexta fase, vez que passou a ser cabível também como meio de garantir a eficácia das súmulas vinculantes [art. 103-A, §3º].

De aceitação informal à previsão no regimento interno, a reclamação passou a ter uma relevância autônoma a partir de 1988, quando expressamente foi prevista como hipótese de competência originária do STF e do STJ, para preservar a competência das referidas cortes, bem como assegurar a autoridade das decisões desses tribunais. Como visto, a atribuição constitucional foi regulamentada nos termos da Lei nº 8.038/90. Com o advento da súmula vinculante (SV) na Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (EC nº 45/2004), à reclamação conferiu-se também o elevado múnus de garantir a observância dos enunciados compulsórios de súmula vinculante, mas sem prejuízo dos recursos e outros meios de impugnação admissíveis, conforme o art. 103-A, § 3º, da CF/1988.

A respeito da natureza jurídica da reclamação, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.212, na oportunidade em que entendeu constitucional a previsão de reclamação no âmbito das constituições estaduais de competência dos tribunais de justiça, concebeu-a como uma mera manifestação do direito de petição. Sem embargo, defende-se doutrinariamente que se trata de espécie de ação constitucional, pois prevista na CF/1988 para os fins nela contemplados. Sobre a natureza jurídica da reclamação, adverte Wolkart (2012, p. 303):

A doutrina, majoritariamente, vê na reclamação uma modalidade de ação. Seria ação porque exercida para a busca de tutela no tribunal superior, tutela desconstitutiva do ato violador da autoridade ou competência daquele tribunal. Possui a típica tríade identificadora das ações, ou seja, parte, pedido e causa de pedir. Não discordamos de que a reclamação seja efetivamente uma ação. Não é, todavia, uma modalidade ordinária de ação. A reclamação, prevista na Constituição da República, arts. 102, I, e 105, I e f, destina-se à preservação da competência e da autoridade do STF e do STJ. Permite ao indivíduo que, fustigado por atos administrativos ou judiciais que atentem contra determinações dos guardiães máximos da atividade jurisdicional, acesse diretamente aqueles tribunais, sem rodeios ou tortuosos caminhos, buscando a imediata cassação/anulação do ato atacado.

No mesmo sentido de conferir à reclamação constitucional a natureza jurídica de ação jurisdicional, anota Cunha (2007, p. 486-487):

Já a reclamação constitucional ostenta feição jurisdicional. Em primeiro lugar, porque depende da provocação de uma das partes ou do Ministério Público. É o que estabelecem o art. 156 do Regimento Interno do STF e o Art. 187 do Regimento Interno do STJ. Essa, como se sabe, é uma das distinções entre a atividade administrativa e a jurisdicional: enquanto a primeira pode ser realizada de ofício, a segunda depende de provocação. [...] A isso tudo acresce que a propositura de reclamação constitucional exige *capacidade postulatória*, ou seja, representação técnica da parte por advogado devidamente constituído nos autos; a decisão proferida na reclamação produz coisa julgada material; de sua decisão cabe a interposição de recursos, a exemplo do agravo interno e dos embargos de declaração; sendo possível haver em reclamação constitucional a concessão de provimentos cautelares. Todas essas particularidades não estão presentes em procedimentos administrativos, razão pela qual a reclamação é, realmente, uma medida jurisdicional.

Não obstante a posição adotada pelo STF – ao conceber a reclamação constitucional como manifestação do direito de petição –, vê-se que tal entendimento é incapaz de negar as características de verdadeira medida jurisdicional. Sobre a posição do STF a respeito da competência para julgar a reclamação, critica Neves (2013, p. 314-315):

Por fim, em mais um paradoxo observado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esse tribunal não admite reclamação constitucional perante os Tribunais Regionais Federais, alegando que para os Tribunais de Justiça cabe a previsão na respectiva Constituição Estadual, mas para os Tribunais Regionais Federais, somente com previsão na Constituição Federal. Mas, em se tratando de mero exercício do direito de petição, seria realmente necessária tal previsão expressa? Não bastaria a previsão no regimento interno do tribunal? Tomando por base o histórico do Supremo Tribunal Federal, a resposta a essa pergunta será negativa, considerando que a Corte Suprema já declarou inconstitucional previsão de reclamação constitucional constante do regimento interno do Tribunal Superior do Trabalho.

A reclamação é uma medida jurisdicional sumária, conforme o rito estabelecido nos arts. 13 e 18 da Lei nº 8.038/90. A relevância do estudo da reclamação diz respeito ao novo múnus que lhe foi atribuído pelo Poder Constituinte derivado reformador, qual seja, o de resguardar a observância dos enunciados de súmula vinculante, aliado à disciplina estabelecida pela Lei nº 13.105/2015.

Pontue-se que, tradicionalmente, a reclamação nunca teve por objeto garantir a autoridade da jurisprudência dominante, e sim garantir a autoridade das decisões do STF e do STJ em processos específicos (NEVES, 2013, p. 319). Decisões jurisdicionais que fossem de encontro às teses consagradas no STF e no STJ deveriam ser questionadas pe-

los meios recursais, mas não via reclamação. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, passou-se a admitir a reclamação para fazer respeitar a jurisprudência, mas não qualquer jurisprudência, especificamente os enunciados de súmula vinculante de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, consoante já demonstrado. Nesse sentido, os enunciados de súmula vinculante terão proteção especial, porque são passíveis de tutela via reclamação, proteção que inexistente para qualquer outra norma constitucional. É de ver, no entanto, que a possível ofensa à súmula vinculante não a transforma em fundamento de deslocamento de competência de toda questão ao STF. Dessa forma, a reclamação não atribuirá a decisão sobre aquilo que deve ser decidido pelo juiz de 1º grau, tribunal ou autoridade administrativa à Corte Constitucional, mas sim garantirá a observância do enunciado compulsório, isto é, os juízes e autoridades administrativas competentes irão decidir as questões com a necessária obediência à súmula vinculante.

A propósito, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro 2006 – que regulamenta a súmula vinculante – alterou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, para incluir o § 3º no art. 56, bem como os arts. 64-A e 64-B, que disciplinam o processo administrativo federal. O descumprimento da súmula vinculante por ato ou omissão administrativa ainda deve ser combinado com o art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006. De acordo com a regulamentação, a reclamação em tal hipótese só será cabível quando exaurida a instância administrativa. A disciplina é razoável, pois não teria sentido admitir a provocação da Corte Constitucional brasileira para sindicatado ato de servidor público hierarquicamente inferior. Com efeito, pode tratar-se apenas de um caso isolado no âmbito de determinada administração, razão pela qual o

remédio só se justificaria se o possível desrespeito decorresse da autoridade administrativa máxima. Daí a pertinência da lei do processo administrativo federal determinar que o julgador administrativo exponha as razões de aplicabilidade ou não da súmula. Ao dar provimento à reclamação contra ato administrativo, o STF dará conhecimento à autoridade competente a decidir o recurso para que ajuste os futuros julgamentos à posição do STF em relação à súmula vinculante. Ainda em relação à reclamação contra ato administrativo que desrespeita o enunciado compulsório, é de se notar que não ofende a garantia de acesso à Justiça – art. 5º, XXXV, da CF/1988 – a exigência de exaurimento de instância administrativa. De fato, nada impede que a parte prejudicada procure resguardar os seus direitos pelas vias judiciais comuns. A exigência é feita apenas como condição de procedibilidade da reclamação direta ao STF, mas não em relação às demandas judiciais que porventura possam ser manejadas para resguardar o direito ofendido.

O art. 7º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006 é expresso ao afirmar que, “Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.” (BRASIL, 2006). A previsão legal comprova que a reclamação não funcionará como um incidente de deslocamento de competência para o STF. As providências que poderão ser tomadas pela Corte Constitucional seriam anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial impugnada, sendo ainda possível que determine às autoridades administrativas que profiram uma nova decisão com ou sem aplicação da súmula, a depender do caso. Consoante se observa, não há a possibilidade de o STF avocar o julgamento

da questão, como pode fazer quando o objeto da reclamação é a usurpação de sua competência, assim como é possível ao STJ na hipótese de preservar as suas atribuições. Ao se tratar de resguardar a interpretação da Constituição Federal de 1988 consagrada nos enunciados de sua súmula vinculante, a atuação do Supremo Tribunal Federal restringe-se a fazer a leitura da constituição sedimentada na hipótese sumulada. Isto é, os fundamentos das decisões impugnadas na reclamação deverão curvar-se à norma da súmula, de modo que o espaço de decisão ainda remanescerá à autoridade impugnada, ainda que mais restrito, haja vista que deverá decidir nos moldes da interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, as autoridades judiciais deverão julgar as demandas de suas competências de acordo com o enunciado da súmula vinculante, do contrário será cabível a reclamação. Sem embargo, sempre será possível à autoridade judicial fundamentar peculiaridades do caso concreto que a autorizam a deixar de aplicar a súmula vinculante, mesmo que a parte prejudicada em tese possa instaurar processo de reclamação no STF, oportunidade na qual a suprema corte poderá negar provimento ao reclamo, desde que convencida das razões do *distinguishing*, isto é, da existência no caso concreto de circunstâncias especiais que justificam a não aplicação do enunciado vinculante.

O novo regime jurídico da reclamação constante na lei geral do processo é outra fase evolutiva do instrumento processual. Se com a Constituição Federal de 1988 o seu objeto era resguardar a competência e a autoridade das decisões do STF e do STJ e com a EC nº 45/2004 o seu objeto foi ampliado para servir de instrumento da observância de enunciados de súmula vinculante, agora, com o novo Código de Processo Civil, a reclamação tam-

bém servirá para fazer respeitar os julgamentos de outros tribunais em teses representativas, de acordo com a disciplina a ser analisada mais abaixo.

1.1. O procedimento da reclamação na Lei nº 8.038/90

Até o início da vigência da Lei nº 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil, a reclamação segue – seguiu – a previsão do art. 13 ao art. 18 da Lei nº 8.038/90. O referido ato normativo dispõe sobre procedimentos específicos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, entre eles a reclamação. De acordo com a lei, a reclamação para preservar as competências de tais tribunais ou para garantir a autoridade de suas decisões será instaurada pela parte interessada ou pelo Ministério Público. Deverá ser endereçada ao presidente do tribunal e distribuída, quando for o caso de descumprimento de decisão, ao relator do processo originário. Ao receber a inicial da reclamação, o ministro relator requisitará informações à autoridade imputada como usurpadora de competência ou insubordinada em relação ao que fora decidido pelo tribunal. As informações deverão ser prestadas no prazo de 10 dias. Quando necessário, para evitar dano irreparável, o relator poderá suspender o processo ou o ato impugnado.

Qualquer interessado poderá se manifestar no processo. Essencialmente, a outra parte do processo originário que estaria sendo objeto de usurpação de competência ou beneficiada pelo descumprimento da decisão do STF ou do STJ. Cumpre frisar que, pelo regime da Lei nº 8.038/90, não há previsão de citação da outra parte da relação processual originária. Apenas se prevê que a autoridade responsável pela suposta usurpação de competência ou pelo ato impug-

nado deverá prestar informações, assegurando-se a intervenção de qualquer interessado que deverá ser vigilante para tomar conhecimento da reclamação em trâmite. É possível questionar a inconstitucionalidade de tal procedimento em face da possível ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa da parte interessada, que poderá ser prejudicada pelo que vier a ser decidido na reclamação. De qualquer modo, a nova disciplina da Lei nº 13.105/2015 corrige, como se verá, a referida inconstitucionalidade no rito. Quando não for o reclamante, o Ministério Público deverá ser intimado para emitir opinião nos processos de reclamação, tendo o prazo de 5 dias após a fase de informações.

Empós as referidas providências, a reclamação estará pronta para julgamento no âmbito da corte competente. Ao julgar procedente a reclamação, a depender da hipótese de cabimento, o STF ou o STJ cassarão a decisão exorbitante do julgado não respeitado, ou adotarão as providências necessárias de preservação das respectivas competências, como a avocação do processo. O presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

Por fim, com esteio na jurisprudência sumulada do STF, ficou estabelecida uma condição de procedibilidade para se ingressar com a reclamação: ela só poderá ser conhecida se presente a condição de não trânsito em julgado do processo principal no qual se teria desrespeitado decisão do STF. Assim é o enunciado nº 734 da súmula de jurisprudência predominante do STF, que impede o manejo da reclamação como um sucedâneo de ação rescisória.

1.2. Sobre a natureza jurídica da reclamação

Antes da análise do novo regime legal da reclamação, a sua natureza jurídica será nova-

mente objeto de discussão, pois, com base nela, as respostas sobre a constitucionalidade da Lei nº 13.105/2015 em relação à reclamação poderão divergir. Por ora, sabe-se que a tradição do Supremo Tribunal Federal elenca a reclamação como uma manifestação do direito de petição, ao passo que a doutrina defende a sua natureza jurídica de ação. Inicialmente, urge tecer considerações sobre as razões que levaram o STF a definir a reclamação como uma manifestação do direito de petição na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212. Para tanto, é necessário contextualizar os elementos da ADI nº 2.212 para entender a discussão dos ministros do STF e como eles concluíram que estavam a tratar de uma manifestação do direito de petição.

A ADI nº 2.212 foi proposta pelo Governador do Estado do Ceará em face de preceito normativo da Constituição Estadual do Ceará que atribui competência ao Tribunal de Justiça cearense para julgar reclamação contra ato usurpador de sua competência ou que não respeite a autoridade de suas decisões. A pretensão era retirar tal competência da corte estadual por suposta inconstitucionalidade da sua autorização normativa. Em resumo, a constituição estadual prevê a reclamação nos moldes em que ela é prevista na Constituição Federal de 1988 como hipótese de competência originária do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; nessa circunstância, o argumento do legitimado ativo seria o de que a CF/1988, ao enunciar as competências dos tribunais regionais federais no art. 108, não previu a hipótese de reclamação; logo, aos tribunais estaduais também não poderia ser conferida tal competência; de mais a mais, nos termos do art. 22, I, da CF/1988, compete privativamente à União legislar sobre direito processual e, a considerar que a previsão normativa da reclamação retrata instituto de na-

tureza processual, a referida hipótese não poderia ser tratada em sede de constituição estadual, que não ostenta a feição de legislação federal.

É de se ponderar que, ao se tratar de processo constitucional, a simetria que deve existir entre as constituições estaduais e a CF/1988 deve conectar os tribunais de justiça ao Supremo Tribunal Federal. Com efeito, os tribunais de justiça, além de órgãos de cúpula do Poder Judiciário no âmbito estadual, exercem o múnus de corte constitucional quando o objeto forem leis estaduais e municipais, e o parâmetro de controle for uma constituição estadual. Nesse sentido, o art. 125, § 1º, da CF/1988 determina que as competências dos tribunais de justiça se definem pelas constituições estaduais; e o art. 125, § 2º eleva as cortes estaduais ao patamar de cortes constitucionais de atos normativos estaduais e municipais quando o parâmetro for a constituição da unidade federada. Logo, é desacertada a pretensão de que os tribunais de justiça não poderiam processar reclamação diante do silêncio da CF/1988 quando descreveu as atribuições dos tribunais regionais federais. Na hipótese, o parâmetro de simetria é o STF. Igualmente, pelo mesmo argumento constitucional, ainda que se trate de programa normativo eminentemente processual, nada impediria a sua previsão em texto constitucional estadual a despeito do silêncio na legislação processual federal, pois o art. 125, § 1º, da CF/1988, que autoriza a discriminação da competência dos tribunais estaduais via suas respectivas constituições, trata de regra especial em relação ao genérico art. 22, I, da CF/1988, que reserva à União a feitura de leis processuais.

Como se vê, era bastante simples o STF julgar improcedente a ADI nº 2.212, com o singelo argumento de que o art. 125, § 1º, da CF/1988, ao reservar as competências dos tribunais estaduais às respectivas constituições, derogou a regra do art. 22, I, da CF/1988, que é de aplicação geral. Sem embargo, o STF julgou improcedente, por maioria, a ADI, mas não admitiu a prevalência da regra especial do art. 125, § 1º, da CF/1988, e sim fez preponderar como disposição absoluta a competência da União para legislar sobre processo. E, para preservar a disposição da Constituição Estadual do Ceará sobre a reclamação, com esteio na doutrina de Grinover, fez consignar que a reclamação não trataria de matéria processual, mas de mera manifestação da garantia constitucional de petição, consoante o art. 5º, XXXIV, *a*, da CF/1988. A conclusão do STF é inconsistente, pois não há como retirar o aspecto eminentemente processual da reclamação. A ser direito de petição, o requerimento poderia ser formulado sem advogado, não se poderiam exigir custas, e o seu conteúdo decisório não seria impositivo como uma coisa julgada. Cumpre transcrever a tese doutrinária que direcionou o julgamento do STF, conforme Grinover (2002, p. 79-80):

Qual seria então, na ordem vigente, a natureza desse ‘remédio ou medida de Direito processual constitucional’? A meu ver, a providência em questão constitui uma *garantia especial* que pode ser subsumida na cláusula constitucional que assegura ‘o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra a ilegalidade ou abuso de poder’ [CF, art. 5º, XXXIV, a].

A ideia é equivocada, pois qualquer requerimento direcionado aos poderes públicos trata de um direito de petição, ainda que seja para obter uma mera informação. A processualista apresenta argumentos para negar que a reclamação seja um recurso, um incidente processual e uma ação, para concluir que a natureza jurídica da garantia especial se encontra no gênero do direito de petição. Não se olvide que o próprio direito de ação é espécie do direito – garantia – de petição qualificada por ser dirigida ao Poder Judiciário e ter por objeto a prestação jurisdicional. A respeito do tema, leciona Couture (2008, p. 37-38):

Ante o Judiciário, o direito de petição assume uma feição particular. Enquanto perante os outros poderes ele apenas configura uma relação entre o particular e a autoridade, perante o Judiciário ele envolve a um terceiro, que se vê, assim, ainda que contra a sua vontade, incluído na petição. Essa circunstância explica que, tradicionalmente, e muito antes mesmo do direito de acesso aos tribunais ser classificado entre os direitos de petição, o debate forense tenha sido regulamentado mediante a lei processual e se tenha criado para o poder público o dever jurídico de pronunciar-se a respeito da pretensão. A existência de uma lei regulamentar, como a lei processual e o dever jurídico de decidir a controvérsia, que constitui o correlativo por parte do Poder Público, foram sempre as características dominantes do ato jurisdicional. A existência daquela mesma lei regulamentar e da sentença como ato de pronunciamento do poder público foram, provavelmente, as razões decisivas de que a ação civil tivesse historicamente uma vitalidade muito maior que a petição perante o Poder Legislativo ou perante o poder administrador.

A tese de Couture foi assim debatida por Grinover (2002, p. 80):

Mas essa vinculação do direito de ação à garantia mais ampla e antiga do *direito de petição* não impede que se possam vislumbrar, mesmo em relação ao Judiciário, situações diversas da *ação*, nas quais o cidadão se acha investido daquele poder mais geral de se dirigir ao Poder Público para *defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder*. É o que ocorre claramente quando se cuida da *reclamação* aos tribunais com o objetivo de assegurar a autoridade de suas decisões: não se trata de *ação*, uma vez que não vai se rediscutir a causa com um terceiro; não se trata de *recurso*, pois a relação processual já está encerrada, nem se pretende reformar a decisão, mas antes garanti-la; não se trata de *incidente processual*, porquanto o processo já se encerrou. Cuida-se simplesmente de postular perante o próprio órgão que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento.

As considerações da Professora Grinover foram recebidas pelo STF para preservar a reclamação nas constituições estaduais sem que isso ofendesse o disposto no art. 22, I, da CF/1988, que confere à União a competência legislativa sobre processo. Sem embargo, a ideia da reclamação como uma simples manifestação do direito de petição não precisava ser aceita, pois o art. 125, § 1º, da CF/1988 atribui às constituições estaduais legitimidade para tratar das competências dos respectivos tribunais. Realmente, atribuir à reclamação a simples condição de direito de petição sem considerar qualquer instituto de natureza jurisdicional significa que ela não tem natureza jurisdicional, e se não tem essa feição, seria uma providência de índole administrativa. A Constituição Federal de 1988 não confere ao STF, no art. 102, ou ao STJ, no art. 105, competências administrativas, mas sim competências de relevância jurisdicional e constitucional. Assim, sendo a reclamação uma das hipóteses de competência originária dos referidos tribunais, mostra-se intuitivo que não se trata de uma postulação administrativa de petição, pois, se assim fosse, era para ser gratuita; não seria necessária a capacidade postulatória para formular o requerimento; e o conteúdo decisório não teria força mandamental, inclusive sobre órgãos judiciais inferiores.

Cabe, então, definir a natureza jurídica da reclamação como uma medida de índole jurisdicional. Não se trata de recurso, pois não é tomada como recurso e não tem por hipótese de cabimento reformar uma decisão inferior, mas resguardar a competência do STF e do STJ, bem como preservar a autoridade das decisões por eles já proferidas. A discussão se concentra em definir se é ação ou incidente processual. A definição é relevante, pois pode determinar a inconstitucionalidade ou não do regime estabelecido pelo novo Código de Processo Civil.

Como regra, entende-se que se trata de um incidente processual, pois a reclamação não gera uma relação jurídica autônoma, isto é, sempre irá pressupor a existência de um processo principal no qual se estará usurpando a competência dos tribunais competentes para conhecer a reclamação, ou se estará descumprindo no processo principal o que fora decidido pelo STF ou pelo STJ. Sobre o que é incidente processual, anota Sidou:

“Questão acessória por decidir e que emerge no curso da questão principal.” É a posição de Dinamarco (2004, p. 448): “Reclamação é o incidente com que a parte [ou, em alguns casos, o Ministério Público] é autorizada a trazer aos tribunais algumas matérias relevantes de ordem pública relacionadas com a preservação da autoridade destes.”

A Professora Ada Grinover, conforme comprova a passagem supracitada, nega a natureza de incidente à reclamação, pois esta – a reclama-

ção – pressuporia o encerramento do processo. Não é assim, pois, de acordo com o já anotado enunciado nº 734 da súmula do STF, não cabe reclamação quando o processo principal já transitou em julgado. Na hipótese, a decisão pode estar sendo descumprida numa fase de satisfação. De mais a mais, quando se trata de usurpação de competência, o processo ainda está no início, o que evidencia o equívoco do argumento utilizado para negar a natureza de incidente processual à reclamação.

Não obstante, é de se observar que a EC nº 45/2004 previu uma nova hipótese de reclamação constitucional de competência do STF em relação ao descumprimento de enunciados de súmula vinculante, o que pode ocorrer tanto por autoridades judiciais quanto administrativas. Quando a súmula compulsória for descumprida por autoridade administrativa, a reclamação cabível terá natureza de ação jurisdicional, e não de incidente, pois nessa hipótese não existirá um processo judicial principal. Realmente, o incidente processual e a ação jurisdicional são substancialmente relações processuais que devem ser norteadas pelos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório etc. e que demandam uma decisão jurisdicional, sendo o incidente sempre acessório e decorrente de um processo principal. Quando a reclamação ataca um ato judicial de usurpação de competência ou que desrespeita julgado do STF ou do STJ, estar-se-á diante de um incidente decorrente da relação processual na qual ocorreu o ato impugnado. Por sua vez, na hipótese de reclamação por descumprimento de súmula vinculante perpetrado por autoridade administrativa, como não existe um processo jurisdicional preexistente, a reclamação será uma ação jurisdicional autônoma.

A diversidade de ponto de vista sobre a natureza jurídica da reclamação – incidente ou ação jurisdicional – se relaciona ao fato de

que, em tese, uma questão incidental pode dar causa a uma ação jurisdicional autônoma, desde que uma parte provoque o Poder Judiciário para tanto. São institutos processuais reciprocamente considerados. Veja-se o exemplo de Marinoni e Mitidiero (2010, p. 379):

No curso de determinado processo, a arguição de falsidade pode tomar a forma de processo incidental ou de incidente processual. O que determina a diferença de tratamento é o momento em que a falsidade é suscitada: se a falsidade for arguida depois de encerrada a instrução, 'o incidente de falsidade correrá em apenso aos autos principais' [art. 393, CPC]. Nesse caso, existirá processo incidental. Na outra hipótese, quando a falsidade for suscitada antes da instrução, a falsidade será objeto de simples incidente processual. A diferença importa para fins recursais. O processo incidental resolve-se por sentença [art. 162, § 1º, CPC] e o recurso cabível é o de apelação [art. 513, CPC]. O incidente processual finda por decisão interlocutória [art. 162, § 2º, CPC], cujo recurso é o agravo [art. 522, CPC].

Dessa forma, tem-se que a reclamação, em regra, será um incidente processual, pois acessória e decorrente de um processo principal em que estaria ocorrendo a usurpação de competência do STF ou do STJ, assim como sendo descumpridas decisões desses tribunais. No entanto, quando a causa de pedir da reclamação for o descumprimento de súmula vinculante por autoridade administrativa, tratar-se-á, então, de ação jurisdicional autônoma, pois independente de qualquer outra relação processual.

2. A reclamação no novo Código de Processo Civil

A Lei nº 13.105/2015 instituiu o novo Código de Processo Civil no Brasil e, entre as

suas inovações, tratou da reclamação como uma medida jurisdicional geral. Não se trata mais de um instrumento tipicamente constitucional nos termos do art. 102, I, l, e do art. 105, I, f, em relação ao STF e ao STJ respectivamente, bem como do art. 103-A, § 3º, da CF/1988. Com efeito, a nova legislação trouxe novas hipóteses de cabimento à reclamação, bem como novas competências para a sua apreciação.

O regime infraconstitucional da reclamação agora é previsto do art. 988 ao art. 993 da Lei nº 13.105/2015, que institui a nova codificação geral do processo. De acordo com as mudanças, os legitimados para instaurar a reclamação continuam sendo qualquer interessado ou o Ministério Público. A reclamação permanece sendo cabível para preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade de suas decisões, nos termos do art. 988, I e II, do novo Código de Processo Civil. De modo redundante, o art. 988, III, da Lei nº 13.105/2015, assevera que a reclamação também é cabível para fazer observar as decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se de uma redundância, pois a autoridade judicial ou administrativa que venha a descumprir decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade que, por disposição constitucional – art. 102, § 2º, da CF/1988 – é dotada de eficácia vinculante, estará, em verdade, a desrespeitar a autoridade da decisão do STF, de modo que já se enquadraria na hipótese do art. 988, II. Como se vê, o art. 988, III, do novo CPC trata de prescrição normativa desnecessária, mas a sua existência não causa qualquer problema de interpretação, pois reafirma a hipótese de cabimento especificada no art. 988, II, do novo CPC.

A primeira grande inovação diz respeito ao art. 988, IV, do novo CPC, que prescreve as hipóteses de cabimento da reclamação: “IV – garantir a observância de enunciado de sú-

mula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência” (BRASIL, 2015). Já se previa a reclamação para o caso de descumprimento de súmula vinculante, o que representava uma inovação, pois admitir a reclamação para garantir a autoridade de súmula vinculante não significa garantir a autoridade de uma decisão do STF, mas garantir a observância da tese jurídica consagrada na jurisprudência compulsória do STF. Da mesma forma, o legislador processual de 2015 ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação em relação às teses jurídicas: se antes a reclamação era cabível para preservar a competência do STF e do STJ, garantir a autoridade das decisões dessas cortes e garantir a autoridade das teses jurisprudenciais dos enunciados de súmula vinculante do STF, com o novo CPC a reclamação também servirá para garantir a autoridade das teses jurisprudenciais decorrentes do julgamento dos casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

A segunda grande inovação decorre dessa última hipótese de cabimento, pois, se antes a reclamação era medida jurisdicional originária no âmbito do STF e do STJ, com o novo CPC qualquer tribunal terá competência para julgar a reclamação, conforme o § 1º do art. 988 que enuncia: “§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir” (BRASIL, 2015).

Sob a égide do Código de Processo Civil revogado, o incidente de análise de recurso repetitivo representativo de controvérsia era inerente ao julgamento dos recursos extraordinário e especial, conforme o art. 543-B e o art. 543-C. Com a reformulação do novo regime processual, do art. 976 ao art. 987 do novo CPC, consta a disciplina do julgamento do in-

cidente de resolução de demandas repetitivas a cargo de qualquer tribunal. Nos termos do art. 976, I e II, do novo CPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas será cabível quando ocorrer a efetiva repetição de processos que tenham por objeto a mesma controvérsia exclusivamente de direito, além do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. De acordo com o art. 985, I e II, do novo CPC, a tese consagrada no julgamento do incidente deverá ser aplicada a todos os processos coletivos e individuais que estejam sob a jurisdição do respectivo tribunal, inclusive nos Juizados Especiais, bem como aos casos futuros que venham a ser instaurados. Para garantir a observância da tese, o art. 985, § 1º, do novo CPC enfatiza que a reclamação é o instrumento hábil no caso de descumprimento. A referida previsão não ofende o princípio da legalidade em relação ao dever de observância da tese jurisprudencial, o princípio da separação de poderes, nem o livre convencimento dos magistrados, e sim prestigia o direito à igualdade e a garantia da segurança jurídica. Realmente, se os recursos dos juízes irão para o tribunal que consagrou a tese, permite-se o imediato manejo da reclamação no caso de inobservância em respeito à razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, já que a imposição da tese será o resultado natural da tramitação recursal ordinária. De mais a mais, sempre é possível no caso concreto demonstrar uma circunstância especial que afaste a incidência da tese consagrada, e o próprio art. 986 do novo CPC prevê a possibilidade de revisão da tese sem maiores exigências.

Por fim, o incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do novo CPC, que também gera tese jurisprudencial cujo desrespeito autorizará no manejo de reclamação, é uma novidade sem precedentes, mas que se resume a ter o mesmo objeto do incidente

de resolução de demandas repetitivas, mas de forma preventiva. Com efeito, pelo incidente de assunção de competência, o julgamento do recurso, da ação originária ou da remessa necessária no âmbito dos tribunais poderá ser deslocado do órgão fracionário, turma ou câmara, para o pleno ou órgão especial da corte a que competir a uniformização jurisprudencial. Na hipótese, não é necessário demonstrar a repetição da controvérsia em múltiplos processos, mas sim a potencialidade da controvérsia quando estiver presente relevante questão de direito, com repercussão social e interesse público, mostrando-se conveniente prevenir a divergência entre as turmas ou câmaras do tribunal. A decisão na assunção de competência vinculará os juízes e os órgãos do próprio tribunal, salvo a possibilidade de revisão de tese. As razões que justificam a existência do incidente de resolução de demandas repetitivas – em especial o direito à igualdade, a garantia da segurança jurídica, o princípio da razoável duração do processo e a própria razoabilidade – também servem de esteio para o incidente de assunção de competência e para que a tese nele consagrada seja protegida por reclamação.

Nos termos do novo CPC, a reclamação, como já antecipado, poderá ser proposta perante qualquer tribunal. Deverá ser endereçada ao presidente do tribunal e instruída com a prova documental da sua hipótese de cabimento. Caso já tenha tramitado no tribunal, será distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível. No que tange ao cabimento da reclamação para fazer observar teses jurídicas e as decisões do STF no controle de constitucionalidade concentrado, a sua causa de pedir será a aplicação indevida da tese jurídica ou a sua não aplicação nas hipóteses que a ela se ajustam. O art. 988, § 5º, do novo CPC positivou o enunciado nº 734 da súmula do STF e estabeleceu a impossibilidade de re-

clamação após o trânsito em julgado da decisão. Por sua vez, o art. 988, § 6º, do novo CPC enfatiza que a inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão reclamada não prejudica o processamento da reclamação, entendida esta como a que foi interposta antes do trânsito em julgado, de modo que é o julgamento da reclamação que poderá prejudicar as referidas decisões de inadmissibilidade ou do julgamento do recurso. De acordo com o rito estabelecido no art. 989 do novo CPC, o relator irá requisitar informações da autoridade reclamada, que deverá prestá-las no prazo de dez dias; para evitar dano irreparável, quando necessário, poderá determinar a suspensão do processo ou do ato impugnado; e, ao contrário do rito anterior, determinará a citação do eventual beneficiado do ato reclamado para que conteste a reclamação no prazo de quinze dias. De qualquer modo, qualquer interessado poderá intervir e impugnar a reclamação, nos termos do art. 990 do novo CPC. O Ministério Público, quando não for o reclamante, conforme o art. 991 do novo CPC, será intimado a manifestar opinião em cinco dias após o decurso do prazo das informações e contestação. E, segundo o art. 992 e o art. 993 do novo CPC, ao acolher a reclamação, “o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia” (BRASIL, 2015), bem como o presidente do tribunal “determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente” (BRASIL, 2015). Assim, louva-se o rito do novo CPC, pois reforça os princípios da ampla defesa e do contraditório, ao prever a citação do possível prejudicado com a procedência da reclamação.

3. A constitucionalidade da nova reclamação

A nova reclamação, nos moldes em que está prevista no novo Código de Processo Civil, traz polêmicas ao instituto, que certamente serão enfrentadas pelo STF a respeito da constitucionalidade do novo regime jurídico. Em relação ao aspecto formal de competência legislativa, a reclamação foi disciplinada por lei processual da União Federal: logo, o art. 22, I, da CF/1988 foi respeitado. Resta aferir a ampliação da competência para outros tribunais e as novas hipóteses de cabimento.

3.1. Ampliação da competência

Os questionamentos são de índole substancial. O primeiro deles é sobre a competência para processar e julgar a reclamação. A Constituição Federal de 1988 prevê a reclamação como hipótese de

competência originária do STF e do STJ. O STF, no precedente da ADI nº 2.212, entendeu-a válida no âmbito dos tribunais de justiça por ser uma decorrência do direito de petição, mas, na verdade, tem a sua previsão autorizada implicitamente nas constituições estaduais pelo art. 125, § 1º, da CF/1988. Por sua vez, o art. 988, § 1º, do novo CPC conferiu a qualquer tribunal competência para julgar reclamação. A questão que se coloca é se o legislador infraconstitucional poderia estender a competência para julgar a reclamação para outros órgãos jurisdicionais, ou se ela seria típica ação constitucional cuja competência deveria estar expressamente prevista na CF/1988, como no caso do STF e do STJ, ou ao menos implicitamente, como se dá em relação aos tribunais de justiça, ou seja, se somente por emenda à Constituição seria possível ampliar a competência para o julgamento da reclamação.

É de se observar que, em nenhum momento, a CF/1988 restringiu a reclamação apenas ao STF e ao STJ, vedando-a a outros tribunais. Dessa forma, o legislador processual infraconstitucional pode prevê-la para qualquer outro tribunal, notadamente se for tribunal superior. Deveras, entendimento em contrário colocaria o STJ numa hierarquia de superposição em relação aos demais tribunais superiores se se admitisse que somente aquele pudesse julgar a reclamação, mas não há qualquer diferença hierárquica entre os tribunais superiores, especificamente, entre o STJ, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar. De mais a mais, a competência das outras cortes para julgar a reclamação poderia ser negada se a previsão fosse exclusiva do regimento interno, haja vista que, nos termos do art. 22, I, da CF/1988, somente a União pode legislar sobre processo. No entanto, a ampliação da competência está inserida na fonte apropriada, isto é, na lei federal. Igualmente, a possibilidade de tribunais inferiores processarem e julgarem reclamação não ofende qualquer preceito constitucional. De fato, se já se admitia aos tribunais estaduais tal competência, não há razão normativa para negá-la em relação aos tribunais regionais federais, aos tribunais regionais do trabalho e aos tribunais regionais eleitorais, se existe previsão em lei federal. Em verdade, tal competência não viola qualquer preceito da CF/1988. Entende-se que a ampliação da competência para julgar a reclamação para diversos tribunais prestigia a garantia fundamental de acesso à Justiça insculpida no art. 5º, XXXV, da CF/1988. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, isto é, garante-se a adequada tutela jurisdicional. Não se trata de simplesmente ter acesso ao Poder Judiciário, mas de a tutela jurisdicional ser a mais efetiva e adequada, ou seja, apta a bem resguardar o direito material objeto do processo. A reclamação, como medida jurisdicional célere para tutelar a compe-

tência dos tribunais e a autoridade das suas decisões, efetiva o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/1988.

Em síntese, a extensão por lei federal da competência para julgar reclamações para qualquer tribunal não ofende nenhum direito ou garantia constitucional, mas prestigia o acesso à jurisdição adequada, bem como tutela com mais efetividade as competências jurisdicionais estabelecidas na CF/1988. Sobre a indissociável ligação do acesso à Justiça com a efetividade, observam Rossetti e Almeida (2013, p. 37):

foram sendo buscadas, cada vez em maior escala, formas de garantir o acesso a todos da sociedade, garantindo-lhes a efetividade da tutela. Hoje, como vem sendo percebido, não há como separar o acesso à justiça da efetividade da tutela buscada. Com a finalidade de garantir o acesso a todas as classes da sociedade, além de tentar dirimir os obstáculos/entraves, viu-se a necessidade de garantir o acesso com moderno plano de reformas, visto que o compromisso que norteia o processo hoje em dia é com a efetividade.

Nessa senda, é de se observar que a reclamação não é – ou deixou de ser – uma ação tipicamente constitucional. Se considerada uma ação tipicamente constitucional, sua previsão só poderia decorrer do texto magno. Mas, como dito, ainda que se entenda a reclamação como uma ação jurisdicional – e será, sempre que inexistir um processo principal, quando então será um incidente –, nada impede que o legislador estenda para outros tribunais a competência para analisar a referida medida processual, porque, simplesmente, não se ofende qualquer preceito da CF/1988, ao contrário, a efetiva. Com o regime do novo CPC, a reclamação não se adjetiva mais como constitucional, entendida como tendo sede de competên-

cia e hipóteses de cabimento exclusivamente na CF/1988. Trata-se de incidente processual ou ação jurisdicional constitucional por não ofender qualquer preceito da CF/1988 e prestigiar a efetividade do acesso à Justiça, mas não por ter sua fonte de previsão exclusivamente na CF/1988.

3.2. Novas hipóteses de cabimento

A principal temática em relação à constitucionalidade da reclamação disciplinada no novo CPC diz respeito à nova hipótese de cabimento e sobre o conteúdo dessa nova hipótese. Questiona-se se o legislador infraconstitucional poderia prever hipóteses de cabimento para a reclamação que não aquelas previstas na CF/1988 e, principalmente, se a reclamação para garantir a autoridade de tese jurídica jurisprudencial em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ofende substancialmente a CF/1988.

Deve-se observar que a reclamação como incidente ou como ação jurisdicional não existe por si, mas para tutelar o direito material em discussão no processo, ou seja, a reclamação é um instrumento efetivo que serve ao direito substancial. Nessa perspectiva, a CF/1988 foi genérica ao estabelecer a reclamação como a medida jurisdicional adequada a preservar a competência dos tribunais e garantir a autoridade das suas decisões. O reformador da EC nº 45/2004 fez questão de frisar que a reclamação seria o instrumento apropriado para se preservar a autoridade dos enunciados de súmula vinculante. De qualquer modo, não se pode entender que especificar outras hipóteses de cabimento da reclamação pelo legislador infraconstitucional tenha o condão de ofender algum direito constitucional. Como já afirmado, a reclamação é instrumento processual que serve ao direito; logo, nada impede que venha

a servir a outras circunstâncias que prestigiem ainda mais a garantia da tutela jurisdicional adequada.

O *habeas data* e a ação civil pública são exemplos emblemáticos que reforçam a liberdade ampliativa de conformação do legislador infraconstitucional em relação a ações previstas no texto constitucional. Com efeito, nos termos do art. 5º, LXXII, da CF/1988, a ação de *habeas data* terá dois objetos: “para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;” e “para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo” (BRASIL, 1988). Por sua vez, a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, ao regulamentar a ação de *habeas data*, prevê, no art. 7º, III, uma terceira hipótese de cabimento não prevista na CF/1988: “para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável” (BRASIL, 1988).

De outro lado, compete ao Ministério Público, de acordo com o art. 129, III, da CF/1988, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;” (BRASIL, 1988). A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, preveem outros legitimados para o manejo da ação civil pública, assim como outras hipóteses de cabimento, como em relação aos direitos individuais homogêneos. Por sua vez, a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, art. 74, I, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 201, V, preveem a possibilidade de o Ministério Público propor ação civil pública para a tutela de direitos individuais indisponíveis de idosos, crianças e adolescentes. Como se vê, em rela-

ção à ação civil pública, o legislador infraconstitucional ampliou as hipóteses de cabimento, bem como a legitimidade de propositura.

As referidas leis não são inconstitucionais, na medida em que reforçam a proteção normativa sobre direitos essencialmente caros ao texto constitucional e, fundamentalmente, não violam qualquer norma da CF/1988. Pelas mesmas razões, o simples fato de o legislador processual ter aumentado a possibilidade de propositura da reclamação para outras circunstâncias que não aquelas constantes na CF/1988 não inconstitucionaliza o regramento do novo CPC. O dilema diz respeito ao conteúdo das novas hipóteses de cabimento, notadamente se ofendem, por si, alguma disposição constitucional.

3.3. A reclamação para preservar teses jurisprudenciais

A partir do instante em que a reclamação é prevista para resguardar teses jurisprudenciais de qualquer tribunal decorrentes do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, admite-se que a jurisprudência dos tribunais, ainda que não decorrentes de súmulas, seriam vinculantes. Com efeito, a reclamação é a medida jurisdicional apta para sindicar o descumprimento de súmula vinculante do STF nos termos do art. 103-A, § 3º, da CF/1988; quando se confere a mesma garantia de observância – a reclamação – do que vier a ser decidido nos incidentes que uniformizam a jurisprudência, previstos no novo CPC, tem-se que o legislador processual equiparou tais expedientes à súmula vinculante.

As mesmas razões que entendem pela inconstitucionalidade da súmula vinculante são repetidas em relação às novas hipóteses de cabimento da reclamação, mas com uma circunstância normativa agravante: a previsão de vin-

culação da jurisprudência do novo CPC – como é intuitivo – decorre de lei infraconstitucional. Em outros termos, se se admite a constitucionalidade das súmulas vinculantes porque sua concepção foi fruto do Poder Constituinte derivado reformador, a mesma tolerância pode ser questionada em relação à criação do legislador infraconstitucional. Quer dizer, quando se resolve, por reforma infraconstitucional, transferir atribuições típicas do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, inclusive para equiparar à lei enunciados produzidos por membros de tribunal, teriam sido desrespeitadas as limitações substanciais constitucionais concernentes à preservação da separação de poderes e do princípio da legalidade.

Em adição, sustenta-se a inconstitucionalidade da súmula vinculante e demais precedentes compulsórios previstos no novo CPC por interferir na livre e independente atuação dos juízes, a qual seria prerrogativa constitucional extraída das garantias da magistratura previstas no art. 95 da Constituição Federal de 1988, bem como do princípio do juiz natural constante em seu art. 5º, XXXVII e LIII. Para que o magistrado atue com a devida imparcialidade e liberdade, não se poderiam impor a ele, de maneira compulsória, entendimentos oriundos de um tribunal. Ao defender a inconstitucionalidade da súmula vinculante, disserta Rocha (2009, p. 95):

Como acabamos de ver, no modelo de democracia adotado pela Constituição brasileira, o Poder Judiciário como um todo e o Supremo Tribunal Federal, em especial, não têm poderes para editar normas gerais e abstratas obrigatórias para todos os órgãos públicos e a população, função reservada pelo constituinte originário à lei, isto é, ao legislador democrático. Assim procedendo, o constituinte derivado, que é poder constituído, criou uma confusão de poderes normativos, violando o princípio fundamental da ‘separação de poderes’ estabelecida pelo constituinte originário, no artigo 60, § 4º, inciso III. Reformou, pois, princípio supremo da Constituição, por isso mesmo, matéria cuja revisão é objeto de proibição absoluta, usurpando o poder do constituinte originário. Em verdade, alterar princípio supremo da Constituição, importando em mudança de sua identidade, constitui não revisão, mas instauração de uma nova ordem constitucional.

Especificamente sobre as inovações do novo CPC, aduz Lenza (2015, p. 6):

Dizer que devem observar significa vincular. O art. 947, § 3º, aliás, expressamente estabelece que o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. Criam-se hipóteses de vinculação por lei. Esse é o problema, pois a previsão de efeito vinculante enseja o cabimento da reclamação. Não estamos a condenar os efeitos processuais, aliás, muito

bem vindos e uma realidade já no CPC/73 em razão de suas minirreformas. Estamos, por outro lado, unicamente a não reconhecer o efeito vinculante para o cabimento da reclamação constitucional.

Em relação à constitucionalidade de o Poder Judiciário vincular teses jurisprudenciais, mostram-se sem utilidade maiores considerações, haja vista a consagração da súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Realmente, qualquer sentença jurisdicional é exemplo de fonte do direito para o caso concreto. A extensão do entendimento jurisprudencial para outros casos nada mais é do que a antecipação do julgamento de um recurso que poderia demorar anos para ser analisado, com prejuízo financeiro e de tempo para as partes e para o Poder Judiciário.

Cabe, então, aferir o motivo pelo qual seria inconstitucional tal vinculação oriunda da criação do legislador infraconstitucional. Eventual argumento de que as funções atípicas entre os poderes – a possibilidade de o Poder Judiciário vincular teses de jurisprudência como se fossem leis abstratas – devem ser oriundas e disciplinadas na CF/1988 não encontra nenhum amparo no texto constitucional. A CF/1988 não estabelece tal restrição. Assim, está na liberdade de conformação do legislador infraconstitucional estabelecer outras hipóteses de vinculação de teses jurisprudenciais, desde que conforme o princípio da razoabilidade e em prestígio de valores constitucionais. A reclamação, estabelecida no novo CPC para preservar as decisões dos tribunais no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência, prestigia o direito à igualdade, à segurança jurídica e à razoável duração do processo; em adição, não viola o conteúdo de nenhum direito constitucional, o que demonstra que estão presentes elementos suficientes para atestar a constitucionalidade da inovação.

Conclusão

A reclamação é instrumento processual de proteção da escorregada atividade jurisdicional, seja para preservar a competência dos tribunais, seja para garantir a autoridade das suas decisões. Antes de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o novo CPC estendeu o seu julgamento para qualquer tribunal, bem como admitiu o seu manejo para a observância das teses jurisprudenciais consagradas nos tribunais.

A compatibilidade do novo regime da reclamação com a Constituição Federal tem sido questionada, em especial pelos argumentos que fustigaram a súmula vinculante criada pela EC nº 45/2004 e, principal-

mente, por sua previsão normativa ter natureza infraconstitucional. Não obstante, percebe-se que, em vez de ofender qualquer preceito da CF/1988, a nova reclamação, em especial por garantir a autoridade do entendimento jurisprudencial de qualquer tribunal, prestígio do direito à igualdade, à garantia da segurança jurídica e da razoável duração do processo. De mais a mais, as teses jurisprudenciais sempre podem ser revistas ou não ser aplicadas diante de circunstâncias especiais do caso concreto.

Realmente, os instrumentos processuais servem para efetivar, na melhor medida possível, o direito material. O regime da reclamação estabelecido no novo CPC tem tal desiderato. Os questionamentos sobre a sua validade demonstram mais um ranço do protagonismo do Poder Judiciário do que uma ofensa à CF/1988. Cumpre observar que o Poder Constituinte Derivado Reformador também é poder constituído; logo, não há sentido em entender a vinculação de teses jurisprudenciais válidas somente por emenda, e não por lei infraconstitucional; se ofende a CF/1988 neste último caso, também ofenderia naquele. A questão é aferir se a normatização infringe substancialmente a CF/1988, o que parece não ocorrer em relação ao novo CPC, pois a nova reclamação busca garantir racionalidade, igualdade, segurança e celeridade ao processo.

Sobre o autor

Feliciano de Carvalho é doutorando e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; professor de Direito Constitucional e Deontologia Jurídica da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil; defensor público federal na Defensoria Pública da União, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: felicianodecarvalho@yahoo.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

COMPLAINT (UN)CONSTITUTIONAL? ANALYSIS OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT: The complaint originated in the Supreme Federal Court and Superior Court of Justice to preserve the competence and ensure the authority of such court decisions also serves to preserve the respect of binding precedents of the supreme court. With the Law no. 13.105 / 2015, that establishing a new Civil Procedure Code, the complaint becomes competence of any court and will also serve to observe jurisprudential thesis derived

¹ Sem revisão do editor.

from standardization trials. Analyzes the constitutionality of the complaint new regime, especially the binding jurisprudential theses forecast in infraconstitutional law. The research is bibliographic, pure and qualitative. The results confirmed the constitutionality of changes in the complaint in prestige of reasonableness, the right to equality, the guarantees of legal certainty and of reasonable duration of the process.

KEYWORDS: COMPLAINT. CONSTITUTIONALITY. CIVIL PROCEDURE CODE. BINDING. JURISPRUDENCE.

Como citar este artigo

(ABNT)

CARVALHO, Feliciano de. Reclamação (in)constitucional? Análise do novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 57-79, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p57>.

(APA)

Carvalho, Feliciano de. (2016). Reclamação (in)constitucional? Análise do novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 57-79. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p57

Referências

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973.

_____. Lei nº 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*, 25 jul. 1985.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 maio 1990a.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1990b.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990c.

_____. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. *Diário Oficial da União*, 13 nov. 1997.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, 1º fevereiro 1999.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 3 out. 2003a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.212/CE. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ, 2 out. 2013. Diário da Justiça, 14 nov. 2003b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2212.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2212.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aranrlr>>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 734. Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça, 9 dez. 2003c.

_____. Emenda Constitucional nº 45. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 dezembro 2006.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis: Conceito, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.

DICIONÁRIO jurídico: academia brasileira de letras jurídicas. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da reclamação. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 10, n. 38, p. 75-83, abr./jun. 2002.

LENZA, Pedro. Reclamação constitucional: inconstitucionalidades do novo CPC/2015. *Consultor Jurídico*. 13 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Acesso em: 11 maio 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. 2. ed., rev., atual. e ampl., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. *Súmula vinculante e democracia*. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSSETTI, Rafaela Teixeira; ALMEIDA, Ivone Juscelina de. Tutela jurisdicional efetiva nas ações coletivas: aspectos positivos das reformas propostas no CPC e CDC. *Revista Vianna Sapiens*, v. 4, n. 2, p. 34-60, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/files/uploads/20140219_163023.pdf>. Acesso em: 11 maio 2016.

WOLKART, Erik Navarro. Súmula vinculante: necessidades e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento). In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ZAMARIAN, Livia Pitelli. A reclamação constitucional frente às novas feições da jurisdição constitucional. *Revista Científica da Faculdade Dom Bosco*, Cornélio Procópio, v. 1, 2013.

Cassação de aposentadoria

O caminho do meio

MARCELO LEONARDO TAVARES

ESTÊVÃO GOMES CORRÊA DOS SANTOS

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar a constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria após as alterações constitucionais que modificaram o regime previdenciário brasileiro. Serão analisados os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da sanção disciplinar, bem como proposto um caminho do meio, que busca compatibilizar a validade da penalidade com o direito individual do servidor público de ter uma contrapartida financeira do Estado pelos anos de contribuição previdenciária vertida aos cofres públicos.

Palavras-chave: Direito previdenciário. Pena de cassação de aposentadoria. Constitucionalidade.

1. Introdução

Recentemente, a imprensa noticiou, com entusiasmo, a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região de manter a cassação da aposentadoria do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, condenado a 26 (vinte e seis) anos e seis meses de pena de reclusão pelos crimes de desvio de verbas, estelionato e corrupção na construção do Fórum Trabalhista da Capital do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no final da década de 1990. Os crimes cometidos pelo ex-juiz ficaram marcados na sociedade brasileira como símbolo de que a corrupção não estaria restrita aos Poderes Executivo ou Legislativo, mas também poderia atingir membros do Poder Judiciário. Em investigação promovida pelo Ministério Público Federal, estimou-se que o desvio de verbas públicas na realização da obra chegou, em valores atualizados, ao montante de quase um bilhão de reais.

Recebido em 7/3/16

Aprovado em 1/6/16

O Tribunal entendeu que o indulto presidencial, concedido pelo Decreto nº 7.813/2012 aos condenados com mais de 70 (setenta) anos de idade e com um quarto de pena cumprida, somente atingia o cumprimento da pena privativa de liberdade, e não as penas acessórias, como a cassação de aposentadoria e a privação de bens. Assim, apesar de ser concedida a liberdade ao ex-juiz, ficou mantida a perda da aposentadoria, que já havia sido decretada por decisão definitiva do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho.

A decisão foi noticiada como uma vitória da justiça contra a corrupção. A percepção é que, ainda que livre do cárcere, o criminoso não iria gozar de um benefício mensal pago pelo Estado. Afinal, por qual razão, em um Estado democrático de direito, um agente público comprovadamente corrupto poderia desfrutar das benesses da aposentadoria custeada pelos cofres públicos? Qual seria o fundamento para manter um benefício previdenciário a agentes estatais que foram condenados por desvio de recursos do erário, em prejuízo de toda a coletividade?

A princípio, a cassação de aposentadoria de servidores públicos parece ser uma medida adequada para *punir* os agentes que cometem crimes contra o erário ou faltas disciplinares graves no exercício do cargo público. A pena apela para o nosso senso mais comezinho de justiça, segundo o qual ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza, muito menos quando se utiliza da investidura de uma função pública para esse propósito. O fato de um funcionário público ser condenado, na esfera administrativa ou judicial, por um ilícito penal ou administrativo, deveria impedi-lo de obter os benefícios da aposentadoria paga pelo Estado.

Em que pese a aparente justiça da medida, é preciso investigar se a penalidade aplicada na esfera administrativa está de acordo com a Constituição da República. Isso porque, diferentemente do que está presente no imaginário popular, a aposentadoria não constitui um *prêmio* concedido pelo aparato estatal àqueles que prestaram serviço de qualidade à coletividade por um determinado período de tempo. Pelo contrário, desde as alterações produzidas pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993, nº 20/1998 e nº 41/2003, o regime próprio de previdência social tem natureza *contributiva*. As mudanças constitucionais produziram, portanto, uma alteração na percepção desse senso comum de justiça? Seria inconstitucional a pena de cassação de aposentadoria de servidores públicos?

O objetivo do presente trabalho é responder a essas perguntas. Pretendemos analisar se as emendas constitucionais revogaram os dispositivos legais que previam a penalidade de perda de aposentadoria e se ainda faz sentido, no sistema atual, defender a compatibilidade da sanção com o regime previdenciário.

Com esse propósito em mente, seguiremos o seguinte roteiro: (i) primeiro, trataremos da previsão legislativa da cassação de aposentadoria como pena disciplinar a ser aplicada a servidores públicos; (ii) segundo, descreveremos os argumentos daqueles que defendem a inconstitucionalidade da penalidade; (iii) terceiro, serão apresentadas as principais teses em favor da constitucionalidade da medida, conferindo especial destaque ao entendimento dos tribunais sobre o tema; (iv) por fim, apresentaremos o nosso caminho do meio, que visa a compatibilizar as duas propostas apresentadas anteriormente. É o que passamos a expor.

2. A cassação de aposentadoria de servidor público no direito positivo brasileiro

No âmbito do serviço público federal, a cassação de aposentadoria é prevista nos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990, diploma que estabelece o regime jurídico único dos servidores públicos federais.¹ A cassação dos

¹Nos termos do art. 132 da mesma lei, os seguintes ilícitos administrativos são puníveis com a pena de demissão: (i) crime contra a administração pública; (ii) abandono de cargo; (iii) inassiduidade habitual; (iv) improbidade administrativa; (v) incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; (vi) insubordinação grave em serviço; (vii) ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; (viii) aplicação irregular de dinheiros públicos; (ix) revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; (x) lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; (xi) corrupção; (xii) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; (xiii) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; (xiv) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (xv) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro; (xvi) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; (xvii) aceitar comissão, emprego ou pensão de

proventos de um servidor público ocorre nos casos em que, ainda em atividade, o então funcionário da ativa tenha cometido falta punível como a pena de demissão, aplicada pela autoridade máxima a que o servidor estava vinculado, após a instauração do devido processo administrativo disciplinar, obrigatório para essas hipóteses (art. 146 da Lei nº 8.112/1990), com fundamento no relatório elaborado pela comissão processante que sugeriu a pena de demissão ao indiciado.²

A questão posta em debate é se a sanção disciplinar poderia ser aplicada a servidor público acusado da prática de um ilícito administrativo no exercício de suas funções, mesmo após ter preenchido todos os requisitos para a concessão da aposentadoria e depois de sua homologação pelo Tribunal de Contas. Não se estão discutindo, portanto, as hipóteses em que há fraude ou algum vício de legalidade no momento do deferimento do benefício previdenciário. Trata-se, na verdade, de aposentadorias legítimas, que foram concedidas devidamente pelo poder público, mas posteriormente cassadas em razão de alguma falta grave cometida pelo servidor. Não se questiona a higidez do

estado estrangeiro; (xviii) praticar usura sob qualquer de suas formas; e (xix) proceder de forma desidiosa; (xx) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares (BRASIL, 1990).

²“A cassação de aposentadoria ou disponibilidade consiste na extinção do vínculo jurídico mantido com o servidor aposentado ou em disponibilidade como punição por infração por ele praticada quando em atividade, a que fosse cominada sanção de demissão. A hipótese (disciplinada pelo art. 134 da Lei nº 8.112/1990) destina-se a solucionar o impasse verificado no caso de o sujeito ter praticado infração grave em época anterior à sua inativação. Nesse caso, produz-se a extinção do vínculo jurídico, com cunho punitivo” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1104-1105). É preciso destacar que, como aponta Lucas Rocha Furtado (2013, p. 808), a aplicação da penalidade é atividade vinculada da Administração Pública e não discricionária. No mesmo sentido, Edilson Pereira Nobre Júnior (2000) destaca a tipicidade como um dos princípios do Direito Penal aplicável à atividade sancionatória disciplinar no serviço público, do que resulta também a conclusão pela natureza vinculada do ato.

benefício. A suspensão somente ocorre por fato superveniente que alteraria o fundamento jurídico para a sua concessão³.

A ressalva é importante para realizar o devido enquadramento da discussão a ser travada nas próximas páginas. Não se irá tratar de outras hipóteses de cassação de aposentadoria, como a proferida por decisão judicial, mas apenas da penalidade aplicada em âmbito administrativo. Feitas essas considerações sobre a sanção disciplinar e o seu regime jurídico, passamos a analisar os argumentos em prol da inconstitucionalidade dos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990.

3. As teses em prol da inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria de servidor público

A tese da inconstitucionalidade da sanção disciplinar de cassação de aposentadoria de servidor público parte da premissa de que houve mudança no regime previdenciário a partir da edição da Emenda Constitucional nº 03/1993. Antes da referida emenda, a aposentadoria do servidor público era considerada um *prêmio* pelo exercício da função: bastava que o ocupante de cargo público preenchesse os requisitos de idade e tempo de serviço para que o Estado tivesse o dever de prestar o be-

³“O ato da aposentadoria do servidor pode estar contaminado de vício de legalidade, como ocorre com qualquer ato administrativo. Quando tal ocorre, o caso é de invalidação do ato, devendo o servidor retornar à atividade. A cassação da aposentadoria, porém, tem natureza diversa. Cuida-se de penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade. Se essa falta fosse suscetível, por exemplo, de pena de demissão, o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e obtido a aposentadoria, deve esta ser cassada. Trata-se, por conseguinte, de penalidade funcional, ainda que aplicada a servidor inativo” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 640).

nefício previdenciário como contrapartida aos longos anos de desempenho das suas atividades. A aposentadoria era entendida como uma benesse concedida pelo poder público àqueles que investiram o melhor dos seus anos em prol da prestação de serviços à coletividade. Era entendida, portanto, como uma retribuição dada pela Administração Pública ao bom funcionário, custeada por toda a coletividade⁴.

Dentro desse contexto, a penalidade de cassação de aposentadoria fazia todo sentido. De fato, como o regime não era contributivo, o benefício concedido tinha natureza *premial*, sendo apenas auferido pelos funcionários que demonstrassem, ao longo de sua carreira, o devido *merecimento* dos proventos de inatividade. A lógica era a seguinte: um servidor público padrão, que desempenhou as suas funções de modo satisfatório, deveria ter o *direito*, arcado por toda a sociedade, de receber uma remuneração após cumprido o seu tempo de serviço.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 3/1993 alterou a lógica de funcionamento do regime previdenciário do serviço público federal. Se antes a aposentadoria tinha natureza de prêmio, custeada integralmente pelo Estado, após a referida emenda passou a ter natureza de seguro, uma vez que o servidor público também suporta financeiramente o custeio.⁵

⁴Corroborando esse entendimento, confira-se passagem de Hely Lopes Meirelles (1986, p. 381), que entendia a aposentadoria como “garantia de inatividade remunerada, reconhecida aos funcionários que prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para as suas funções”.

⁵Por meio da alteração constitucional, foi incluído o § 6º no art. 40 da Constituição, determinando que “As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei” (BRASIL, 1993). Ao menos no âmbito federal, portanto, foi permitida a instituição da contribuição previdenciária, tributo que incidia sobre a remuneração do agente público com a finalidade de formar o fundo necessário para arcar com as aposentadorias futuras.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 20/1998 expandiu o caráter contributivo do regime previdenciário para todos os entes federativos.⁶ A Emenda Constitucional nº 41/2003 completou a reforma previdenciária. Não só os servidores ativos deveriam reverter valores ao regime próprio de aposentadoria, mas também os inativos foram chamados a contribuir, sendo destacado o caráter solidário do sistema previdenciário.⁷

Portanto, as Emendas Constitucionais nº 3/1993, nº 20/1998 e nº 41/2003 alteraram profundamente o quadro anterior em que se baseava a previsão de cassação de aposentadoria. O benefício deixou de ser considerado um prêmio pelos bons serviços prestados pelo servidor público para tornar-se contraprestação baseada no *tempo de contribuição*, e não somente no tempo de serviço. A aposentadoria passou a ser um seguro compulsório para o qual o servidor contribuiu financeiramente durante o seu período de atividade.

Baseado nessa premissa, os defensores da inconstitucionalidade da sanção de cassação de aposentadoria argumentam que a penalidade não mais se sustenta pelo atual regime previdenciário, pois constituiria um *enriquecimento ilícito* do Estado. Isso porque o servidor que passou toda a sua vida ativa contribuindo com parcela de sua remuneração para a concessão de um benefício futuro se vê privado desses valores em razão de um ilícito praticado durante o exercício de suas atividades, mas sem qualquer relação com o vínculo previdenciário formado com a Administração Pública.⁸

O segundo argumento suscitado pelos defensores da inconstitucionalidade da sanção disciplinar reside na violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, em afronta ao art. 5º, XXVI, da Constituição. Sustenta-se que, após a concessão da aposentadoria e a homologação realizada pelo Tribunal de Contas, os proventos de inatividade constituem ato jurídico perfeito, gerando para seu titular um direito adquirido. Como houve ato idôneo para a produção de efeitos, sem qualquer

⁶ Com a edição da referida Emenda, o art. 40, *caput*, da Constituição passou a ter a seguinte redação: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo” (BRASIL, 1988). Todos os ocupantes de cargo efetivo, de todas as esferas de governo, portanto, passaram a contribuir para o sistema previdenciário.

⁷ O art. 40, *caput*, da Constituição então passou a ter o seguinte teor: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo” (BRASIL, 1988).

⁸ Em obra anterior, um dos autores, Marcelo Leonardo Tavares (2007, p. 955-956), defendeu essa posição, como também Di Pietro (2015) e ainda Bastos e Bezerra (2013).

vício de legalidade, e a incorporação definitiva na esfera de direitos do titular, o Estado, mediante ato posterior, não poderia cassar o benefício⁹.

O terceiro motivo para a inconstitucionalidade da medida estaria associado à natureza do benefício previdenciário. A aposentadoria, um dos elementos que compõem a previdência social, seria um direito fundamental, disposto no art. 6º da Constituição. A jusfundamentalidade do direito teria como consequência a sua restrição limitada apenas em hipóteses excepcionais e desde que respeitado o princípio da proporcionalidade. No caso da aplicação da pena de cassação, a limitação ao direito à aposentadoria seria irrazoável, por ser excessiva, inadequada e desnecessária. A falta grave cometida pelo servidor durante o exercício de suas funções não poderia levar à perda de um benefício para o qual ele contribuiu durante o seu período de atividade. Tratar-se-ia de uma pena mais severa do que a própria demissão, pois essa não impede o apenado nem de ingressar em outro cargo público, muito menos de levar consigo o tempo de contribuição em outro regime previdenciário, com a finalidade de obter uma futura aposentadoria. Ao retirar os proventos de inatividade, o que se realizaria seria um verdadeiro confisco, vedado pelo ordenamento constitucional (art. 150, IV, da Constituição).

Em última análise, os críticos do dispositivo afirmam que a cassação constituiria uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que retira o sustento do servidor justamente em período mais delicado da vida, em que o indivíduo não mais tem força laborativa suficiente para buscar outra forma de remuneração. Eliminar a sanção do ordenamento jurídico, portanto, constituiria uma medida de justiça, fundamentada em razões morais, ao não prejudicar excessivamente uma parcela da população vulnerável, composta por pessoas de idade avançada (FIGUEIREDO, 2014, p. 219).

Por fim, o último argumento em prol da inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria consiste no caráter perpétuo da penalidade, em afronta ao art. 5º, XLVII, *b* e XLV, da Constituição, que, respectivamente, proíbem a aplicação de penas perpétuas e que ultrapassem a pessoa do condenado no direito brasileiro. Segundo alegado, a cassação da aposentadoria teria efeitos não somente sobre o titular, mas também sobre seus familiares, uma vez que seriam privados de futura pensão em caso de morte do servidor público.

⁹ Ver Campos (2013, p. 13). Tal entendimento seria reforçado pelo art. 172 da Lei nº 8.112/1990, o qual determina que o servidor que responde a processo administrativo disciplinar somente poderá ser aposentado voluntariamente após a conclusão do procedimento e cumprimento da eventual pena aplicada. Esse dispositivo, portanto, ratificaria a ideia de que, deferida a aposentadoria, ela se tornaria um ato jurídico perfeito, uma vez que foi concedida sem qualquer vício de legalidade, devendo ser, dessa forma, mantida (RIGOLIN, 2007, p. 1051).

Com isso, a sanção não ficaria restrita à pessoa do acusado, mas também incidiria sobre terceiros beneficiários, que seriam materialmente afetados pela decisão tomada no processo administrativo disciplinar. É dizer: em caso de suspensão da concessão de aposentadoria do servidor público, os pensionistas também ficariam sem o benefício previdenciário. Como o ordenamento jurídico brasileiro não tolera nenhum tipo de pena que ultrapasse a pessoa do condenado ou tenha pretensão de perpetuidade, também por esse motivo, a cassação de aposentadoria deveria ser extirpada do rol de sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos, sendo incompatível com o regime constitucional.¹⁰

Em síntese, portanto, a alegação de invalidade da pena administrativa tem quatro fundamentos: (i) a natureza contributiva do regime previdenciário dos servidores públicos após as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 3/1993, nº 20/1998 e nº 41/2003; (ii) a lesão ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido de recebimento da aposentadoria; (iii) a natureza de direito fundamental do benefício previdenciário, diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, além da desproporcionalidade da sanção disciplinar; e (iv) o caráter perpétuo da pena e o fato de ultrapassar a pessoa do acusado.¹¹

Os quatro argumentos acima elencados foram apresentados ao Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pela

¹⁰ Geraldo Ataliba (1994) opõe-se vigorosamente à aplicação de sanções que possam ter caráter permanente, como, por exemplo, a inabilitação para o exercício de profissão, do que resultaria o exercício abusivo do *ius puniendi* por parte do Estado.

¹¹ Zélia Luiza Piedorna (2005) relaciona as quatro alegações apontadas e adiciona o argumento de violação do princípio da proporcionalidade pelo aniquilamento da proteção previdenciária da velhice pela punição disciplinar.

Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita do Brasil – ANFIP. Na ADI 4882, a postulante requer a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990, com fundamento nas teses expostas.¹² Não obstante a inexistência de manifestação definitiva do Supremo sobre o tema, a tese da inconstitucionalidade tem sido refletida em julgamentos de tribunais inferiores, com base nos argumentos expostos neste item¹³.

Esclarecidas as razões jurídicas que fundamentam a invalidade da pena de cassação de aposentadoria, passemos agora a analisar os motivos que sustentam a constitucionalidade da sanção, ainda que consideradas as alterações constitucionais promovidas no regime previdenciário dos servidores públicos.

4. As teses em prol da constitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria de servidor público

A constitucionalidade da cassação da aposentadoria tem sido defendida ao longo do tempo pela jurisprudência dominante dos Tri-

¹² O Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, aplicou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, em razão da relevância da matéria. Após as manifestações proferidas pela AGU e pela PGR, bem como as informações prestadas pela Presidência da República e pelo Congresso Nacional, a ação encontra-se aparelhada e pronta para julgamento, aguardando o pedido de pauta do Ministro-relator. Os autos estão conclusos desde 23/6/2015 para análise de pedidos de ingresso de *amici curiae* na ação, mas não há qualquer previsão para o julgamento da causa.

¹³ A título exemplificativo, cite-se o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que entendeu pela incompatibilidade da cassação de aposentadoria de delegado de polícia, em razão das modificações produzidas pelas Emendas Constitucionais nº 3/1993 e 20/1998. No julgamento foi dado destaque para a natureza de seguro do benefício previdenciário, e não de prêmio a ser concedido ao servidor que prestou seus serviços dentro dos padrões exigidos em lei. Em acréscimo, também ficou demonstrada a existência de violação dos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana (SÃO PAULO, 2014).

bunais Superiores. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm defendido a validade da sanção disciplinar em casos anteriores e posteriores às emendas constitucionais que alteraram o regime previdenciário dos servidores públicos. A seguir, faremos um breve retrospecto das decisões proferidas por essas Cortes.

O primeiro precedente a tratar do tema no STF foi o MS nº 21.948, de relatoria do Ministro Néri da Silveira. No caso em análise, fora aplicada em processo administrativo punitivo a pena de cassação de aposentadoria a procurador autárquico do INSS com mais de 37 (trinta e sete) anos de serviços, acusado de desídia e de valer-se do cargo em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX e XV, da Lei nº 8.112/1990). Por meio de mandado de segurança, o impetrado alegou a inconstitucionalidade da sanção.

O Ministro Néri da Silveira destacou em seu voto a validade dos dispositivos atacados, uma vez que o art. 41, §1º, da Constituição prevê a possibilidade de perda de cargo do servidor público em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo punitivo. Ressaltou ainda que o fato de o servidor ter tempo de serviço para a aposentadoria não poderia impedir a Administração Pública de investigar e punir eventual falta que tenha praticado ainda no exercício de suas atividades.¹⁴

¹⁴O mesmo entendimento foi empregado no MS nº 22.728, de relatoria do Ministro Moreira Alves. No caso, fora aplicada a penalidade a servidora pública da Secretaria de Planejamento da Presidência, em razão de improbidade administrativa e aplicação irregular de recursos públicos. O Ministro-relator ressaltou que a sanção disciplinar não viola ato jurídico perfeito, na medida em que “o ato jurídico perfeito impede que se desconstitua aposentadoria pela aplicação de lei posterior a ela, mas não há que se invocar esse princípio, que se situa no âmbito do direito intertemporal, para se pretender a inconstitucionalidade de lei que, com relação às aposentadorias ocorridas posteriormente a esta, comine sua cassação pela prática, na

A decisão foi tomada em momento anterior à edição da EC nº 20/1998, bem como envolvia servidores públicos que preencheram os requisitos para aposentadoria antes da instauração do regime contributivo, de modo que não foram devidamente enfrentados os argumentos ligados à mudança do regime previdenciário.

O mesmo entendimento foi mantido em precedentes do STF posteriores às alterações promovidas pelas emendas constitucionais. É o caso, por exemplo, do MS nº 23.299, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, amplamente citado pela jurisprudência. Nessa hipótese, tratava-se de servidora do INSS acusada de improbidade administrativa por valer-se do cargo para obter vantagem de caráter pecuniário. Na linha dos julgados anteriores, o Ministro-relator afirmou que não se poderia alegar ofensa a ato jurídico perfeito, uma vez que “a cassação da inatividade remunerada do servidor público é pena disciplinar legalmente prevista, à qual não se pode opor, como ato jurídico intangível, a concessão da aposentadoria, cuja existência, ao contrário, constitui o antecedente necessário de sua aplicabilidade”¹⁵.

Seguindo a tese adotada até o momento na Corte, o Ministro Ricardo Lewandowski, no ano de 2015, deferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o qual, no âmbito de agravo de instrumento, declarou incidentalmente a incons-

atividade – e, portanto, anteriormente à sua concessão –, de falta punível com a demissão” (BRASIL, 1998).

¹⁵Em sentido semelhante, no MS nº 23.219-AgR, o Ministro Eros Grau assinalou que a natureza contributiva do benefício previdenciário não seria um empecilho para a aplicação da penalidade. A questão não foi devidamente problematizada no voto, sendo referida apenas lateralmente e tendo sido citado como fundamento o precedente relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o qual também não havia discutido em detalhes a circunstância da mudança de regime. Também o acórdão do AI 504.188-6, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

tucionalidade de dispositivos de lei estadual que, da mesma forma que a Lei nº 8.112/1990, previa a pena de cassação de aposentadoria para delegado de polícia estadual, desconstituindo a aplicação da penalidade realizada em processo administrativo disciplinar. Em seu voto, o Ministro-relator reforçou que o entendimento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela constitucionalidade da sanção disciplinar, citando expressamente os precedentes do Plenário da Corte comentados acima.¹⁶

Com base nos precedentes do STF, o Superior Tribunal de Justiça também tem reconhecido a validade da sanção disciplinar. A Primeira Seção do STJ, que aprecia matérias de direito público, em especial questões administrativas e tributárias, adota entendimento pacífico pela constitucionalidade da cassação de aposentadoria de servidor público, como se observa em recentes acórdãos proferidos no ano de 2015¹⁷. É importante destacar que o STJ costuma citar os julgados do STF sobre o tema sem qualquer questionamento quanto às premissas adotadas nas decisões, sendo a tese adotada, em grande parte, de modo acrítico pela Corte. Cabe também a ressalva de que há votos vencidos no STJ sustentando a inconstitucionalidade da penalidade, em razão das mudanças promovidas pelas emendas constitucionais e pela circunstância de os precedentes do STF não terem enfrentado diretamente a questão¹⁸.

Além da jurisprudência dos Tribunais Superiores, outros argumentos acadêmicos são também utilizados para defender a validade da sanção aplicada. Dentre eles, aponta-se que a questão deve ser analisada sob a perspectiva do direito administrativo, e não do direito previdenciário. Segundo alegado, a aplicação da penalidade de cassação da aposentadoria está em conformidade com o regime jurídico funcional e disciplinar do servidor público previsto pela Constituição Federal, não tendo relação imediata com o benefício previdenciário. A cassação da aposentadoria, como penalidade disciplinar, integra o regime estatutário dos servidores públicos e, portanto, não se poderia cogitar de eventuais reflexos previdenciários da sanção como um fundamento para invalidação de norma atinente ao regime disciplinar do funcionalismo público. Os regimes são diferentes e devem ser observados sob enfoques diversos, uma vez que a aposentadoria não eliminaria o vínculo jurídico-administrativo do servidor (RIBEIRO, 2012, p. 58-59).

¹⁶ STF, STA 729-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 28/maio/2015. No mesmo sentido, em 03/jun./2014, o acórdão do AgRg no RMS 32.624, Rel. Min. Celso de Melo.

¹⁷ STJ, MS 17.537, Primeira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 11/mar./2015; STJ, MS 20.936, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 12/ago./2015.

¹⁸ Ver voto-vista proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no MS 17.537.

Em acréscimo, os defensores da constitucionalidade também sustentam que, no regime estatutário, o servidor só adquire o direito à aposentação caso sejam respeitadas as disposições regulamentares e constitucionais. Na prática, então, o ilícito administrativo cometido durante o exercício da função pública vicia todos os atos posteriores, incluindo a concessão de aposentadoria, de modo que não haveria verdadeiramente a produção de um ato jurídico perfeito. Pelo contrário, a concessão de aposentadoria deu-se em desconformidade com a lei vigente ao tempo em que se efetuou e, nos termos em que o define o art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), não poderia produzir um ato jurídico perfeito, na medida em que “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Por outro lado, também deve ser afastada a alegação de que haveria enriquecimento ilícito por parte da União. O caráter universal e solidário da previdência social, reforçado pela Emenda Constitucional nº 41/2003, levaria à desnecessidade de restituição dos valores recolhidos pelo servidor punido, pois não mais se configuraria uma relação sinalagmática de pagamento de contribuição e fruição do benefício, de modo que seria permitido pelo atual regime previdenciário o pagamento de contribuições sem uma necessária contrapartida, como ocorre com a contribuição previdenciária paga pelos inativos.¹⁹

¹⁹Esse é o entendimento defendido pelo desembargador do TJ-SP, Urbano Ruiz (2015): “No tocante ao outro argumento, dos que se opõem à cassação da aposentadoria, fundados no caráter contratual da contribuição previdenciária, de natureza securitária, a revelar comutatividade e reciprocidade na obrigação, o STF, ao decidir a declaratória de constitucionalidade da contribuição previdenciária, agora paga também pelos aposentados e pensionistas, assentou que o sistema previdenciário, objeto do artigo 40 da CF, nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por norma de direito privado. Como dito no voto vencido, redigido pelo desembargador Eros

Em último lugar, a penalidade deveria ser mantida com base no princípio da moralidade. Não seria compatível com o dever de moralidade permitir que um servidor público que praticou ilícitos durante o exercício de suas funções mantenha-se sustentado por toda a coletividade que, no final das contas, paga pelos benefícios recebidos na inatividade. Ao extinguir a pena, seria criada uma verdadeira imunidade para servidores aposentados.

Em outro sentido, a extinção da pena de cassação traria também um estímulo à prática de atos de improbidade administrativa por servidores já com os requisitos para requerer a aposentadoria, mas que se mantêm no cargo em virtude do abono de permanência, disposto no art. 40, §19, da Constituição. Como existe a certeza de que o servidor não terá a sua aposentadoria cassada, bastaria que o indivíduo, ao menor sinal de ser suspeito de praticar ilícito, requisitasse o seu direito de aposentação e, com isso, escapasse de possível processo administrativo disciplinar. A eliminação da pena, portanto, geraria um maior incentivo à prática de ilícitos na Administração Pública, em especial para servidores já com direito à aposentadoria²⁰.

Piceli, o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi e nem é prestação sinalagmática, mas tributo destinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social. Nos termos do artigo 195 da CF, deve ser custeada por toda sociedade, de forma direta e indireta, o que se poderá denominar princípio estrutural da solidariedade, como decidiu o STF nas ADIs 3.105/DF e 3.128/DF, relatado originalmente pela ministra Ellen Gracie, relator designado para o acórdão ministro Joaquim Barbosa”.

²⁰“Os casos submetidos a julgamento têm revelado que funcionários com direito à aposentadoria continuam em atividade por longos anos, atraídos pelo abono de permanência (CF, artigo 40, parágrafo 19), e muitos se envolvem em práticas ilícitas, puníveis com a pena de demissão. Contudo, aposentam-se de imediato, evitando a imposição da penalidade e, quando sobrevém a cassação da aposentadoria, ingressam com ações sustentando, muitas vezes com sucesso, que a penalidade é ilegal ou até mesmo inconstitucional, permanecendo impunes, o que significa, em verdade, estímulo à corrupção” (RUIZ, 2015).

5. O caminho do meio: a constitucionalidade da cassação de aposentadoria e a possibilidade de contagem do tempo de contribuição no regime geral de previdência social

As duas teses expostas nos itens anteriores têm seus pontos fortes e fracos. Os argumentos em prol da inconstitucionalidade têm razão ao afirmar que a alteração do regime previdenciário operado pelas Emendas Constitucionais nº 3/1993, nº 20/1998 e nº 41/2003 modifica a natureza da aposentadoria. Se antes o benefício era considerado um prêmio concedido ao servidor pelos bons serviços prestados à coletividade, atualmente a cobrança compulsória de contribuição previdenciária transforma a relação entre o servidor público e a previdência, uma vez que o indivíduo, de fato, contribui financeiramente, por meio de contribuição de natureza tributária, para a formação do fundo necessário à concessão do benefício. Nessa perspectiva, é parcialmente verdadeira a conclusão de que a cassação de aposentadoria produziria enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, considerando que haveria um confisco pelo poder público.

Nesse ponto, seria incabível sustentar que o caráter solidário da previdência social seria suficiente para afastar a alegação de enriquecimento ilícito por parte do Estado. O princípio da solidariedade não afasta o direito individual do beneficiário de receber a aposentadoria²¹. É

²¹ “O fato de ser a solidariedade uma das características do seguro social não significa que os beneficiários não tenham direito de receber o benefício. Eu diria que a solidariedade até reforça o direito, porque ela foi idealizada exatamente para garantir o direito dos segurados ao benefício. De outro modo, não haveria recursos suficientes para manter os benefícios da previdência social. A solidariedade significa que pessoas que não vão usufruir do benefício contribuem para a formação dos recursos necessários à manutenção do sistema de previdência social; é o caso dos inativos e pensionistas e também dos servidores que não possuem dependentes mas têm que con-

certo que a natureza solidária do sistema tem como consequência a inexistência de uma comutatividade estrita entre contribuição e benefício. O regime próprio de previdência social adotado no Brasil é o de repartição simples (*pay as you go*), o qual, diferentemente do regime de capitalização (*funding*), não forma um fundo individual para cada servidor, mas sim um fundo coletivo, em que as contribuições pagas pelos funcionários da ativa financiam os benefícios pagos aos servidores inativos. Não há, portanto, um montante específico reservado para cada segurado.

Como constitui um fundo coletivo, é possível pensar em diversas situações em que segurados contribuem sem receber nenhum tipo de benefício, apenas aumentando os valores disponíveis para os demais segurados. Esse seria o caso, por exemplo, de morte do servidor público antes do recebimento da aposentadoria em que o indivíduo não deixa qualquer herdeiro para usufruir da pensão. Nessa hipótese, todas as contribuições vertidas não resultaram em qualquer contraprestação estatal.

Essas situações, contudo, são excepcionais. Em regra, não se pode cogitar da cobrança de contribuição previdenciária sem a fruição de qualquer benefício. A solidariedade deve ser entendida como um mecanismo para ampliar os sujeitos passivos responsáveis pelo custeio da seguridade social, mas, ao mesmo tempo, deve manter um mínimo de correlação entre os aportes dos segurados e as prestações estatais. A dimensão solidária do sistema não pode ser totalmente ofuscada pela dimensão contri-

tribuir necessariamente para a manutenção do benefício; são as hipóteses em que à contribuição não corresponde qualquer benefício. Mas para os servidores assegurados, à contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. A regra da solidariedade convive (e não exclui) o direito individual ao benefício para o qual o servidor contribuiu” (DI PIETRO, 2015).

butiva, de modo que a regra é que os segurados recebam algum tipo de benefício em contraprestação aos aportes realizados, ainda que não haja propriamente uma relação sinalagmática entre contribuição revertida ao sistema e recebimento de benefícios previdenciários²².

Por essa razão, faz sentido a alegação de que a sanção de cassação da aposentadoria consistiria, em última análise, em um confisco dos valores revertidos pelo indiciado ao sistema previdenciário. Afinal, o servidor seria privado de um direito para o qual contribuiu durante todo o período de atividade.

Ademais, é importante esclarecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não enfrentou diretamente a questão de a natureza contributiva do regime previdenciário constituir empecilho à penalidade de cassação da aposentadoria. A análise dos precedentes realizada no item anterior comprova que a Corte apenas se ateve a repetir os argumentos expostos no primeiro julgado sobre o tema (MS nº 21.948, Rel. Min. Néri da Silveira) sem problematizar e enfrentar adequadamente a natureza contributiva do sistema. Apesar de ventilado lateralmente no MS nº 23.219-AgR pelo Ministro Eros Grau, o voto apenas repetiu o precedente relatado por Sepúlveda Pertence (MS nº 23.299), que, de resto, também nada dispôs sobre a mudança do regime previdenciário, muito menos trouxe razões jurídicas adequadas para solucionar o problema. Os demais tribunais, incluindo o STJ, apenas repetem acriticamente os precedentes, entendendo que esse é o entendimento atual do STF.

²² Esse entendimento ficou registrado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 661.256-RG, que tratava da discussão acerca da existência do direito à desaposestação. Confira-se o seguinte trecho do voto: “De forma particular, não se extrai da ordem constitucional a exigência de que haja correlação estrita entre os aportes dos segurados e as prestações que receberão futuramente. De modo compatível com esse cenário normativo, a legislação brasileira consagra, historicamente, a opção por um modelo de repartição simples, em que todas as contribuições atuais formam um fundo geral para o custeio das prestações devidas no presente. Inexistem, assim, contas individuais vinculadas a cada segurado [...]. Isso não significa, contudo, que o legislador disponha de liberdade absoluta para formatar o sistema segundo quaisquer critérios de conveniência. Em vez disso, há pelo menos dois limites principais à sua atuação. Em primeiro lugar, a falta de uma comutatividade absoluta ou rígida entre contribuições e benefícios não significa que a correspondência possa ser inteiramente desprezada. Ao contrário, a Constituição deixa claro que os salários de contribuição compõem a base de cálculo para a definição das prestações previdenciárias e que estes, assim como os próprios benefícios resultantes, devem ser atualizados a fim de que preservem a sua expressão econômica. Essas circunstâncias têm levado este Supremo Tribunal Federal a destacar a existência de uma relação necessária entre os aportes dos segurados e as prestações estatais. Em segundo lugar, e com maior relevância, o modelo concebido pelo legislador precisa ser compatível com o princípio da isonomia, repartindo de forma equitativa os ônus e bônus do sistema previdenciário. Essa é uma exigência expressa do art. 201, § 1º, da Constituição, que impõe a adoção de critérios uniformes para a concessão de aposentadorias. Daí a necessidade de que a legislação institua uma fórmula estável de correspondência entre contribuições e benefícios, aplicável a todos os segurados. Essa fórmula conterá, inevitavelmente, algumas variáveis indeterminadas *a priori*, desde a maior ou menor extensão do período de fruição dos benefícios até a existência ou não de pensionistas. É de se notar, porém, que essas incógnitas aplicam-se ao conjunto de segurados de forma impessoal, e não seletivamente” (BRASIL, 2016).

Dessa forma, não há como se afirmar que a jurisprudência pacífica do STF é pela constitucionalidade da sanção. A oportunidade que o Supremo Tribunal Federal terá para tratar adequadamente da matéria é a ADI 4882, incluindo o dever de justificar o motivo da permanência da penalidade no atual sistema contributivo, algo ainda não discutido na Corte. Por isso, não há de se falar que exista consenso da jurisprudência do Supremo sobre o tema, pois o principal argumento em prol da inconstitucionalidade não foi devidamente enfrentado pelo Tribunal.

Por outro lado, os defensores da constitucionalidade têm razão quando argumentam que não há propriamente um ato jurídico perfeito a resguardar o servidor inativo. Se havia circunstância que não foi revelada no momento da concessão da aposentadoria, a higidez do ato é, no mínimo, questionável. Isso porque, caso se soubesse da conduta ilícita e fosse aberto procedimento administrativo punitivo a tempo, nos termos do art. 172 da Lei nº 8.112/1990, não seria possível a concessão do benefício. Como, no momento do deferimento da aposentadoria, não era de conhecimento da Administração Pública a conduta delituosa praticada pelo servidor público, a alegação de impossibilidade de aplicação de pena em momento posterior criaria um verdadeiro *bill* de indenidade para o servidor aposentado: seria impossível responsabilizá-lo, ao menos no campo administrativo, por ato ilícito praticado ainda na atividade. Tal circunstância não parece estar em conformidade com o Estado democrático de direito, o qual exige a responsabilidade dos indivíduos que cometem ilícitos administrativos.

É preciso também levar a sério o argumento de que a eliminação da penalidade criaria incentivos perversos aos servidores públicos que já preenchem os requisitos para a requisição do benefício, mas permanecem em atividade em razão do abono de permanência. Sabendo que teria imunidade em caso de aposentadoria, ao menor indício de que poderia ser acusado de uma conduta ilícita durante o exercício do cargo, o servidor poderia requerer a aposentadoria e livrar-se de uma possível punição. Do ponto de vista da criação de uma estrutura adequada de incentivos²³, esse não parece ser o melhor desenho institucional, uma vez que facilitaria a adoção de comportamentos ilícitos pelos servidores. Nesse cenário, haveria um maior estímulo à prática de condutas delituosas após a reunião dos requisitos necessários para a obtenção da aposentadoria, pois o servidor saberia que teria na concessão do benefício um *escudo* para se proteger de eventuais processos disciplinares.

Em acréscimo, não se pode desprezar que a cassação da aposentadoria parece apelar para um senso de justiça e de moralidade acessível

²³ Sobre o tema, ver Friedman (2001, p. 11).

a qualquer cidadão comum. Ainda que, no sistema atual, a aposentadoria não constitua um prêmio para o servidor, aos olhos da sociedade parece imoral que um indivíduo que, comprovadamente, se utilizou do cargo público para obter vantagem pessoal ou que, de outra forma, não tenha desempenhado de forma adequada o seu ofício, receba dos cofres públicos uma remuneração robusta por um longo período de tempo e sem prestar nenhum serviço efetivo à coletividade. A cassação parece ser uma punição justa, no sentido mais popular da expressão, para aqueles que não cumpriram os padrões mínimos de moralidade no exercício de suas funções.

Outros dois aspectos referentes ao regime próprio de previdência social devem ser lembrados. Em primeiro lugar, a média do valor das aposentadorias no serviço público é muito maior do que no setor privado. A primeira razão para isso é bastante simples: a remuneração do serviço público no Brasil, seja em qual categoria for, é, em média, muito mais elevada do que a do setor privado²⁴. A segunda razão está nas peculiaridades do regime próprio de previdência, que permite o pagamento de proventos mais elevados do que o regime geral.²⁵

²⁴Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2013, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontam que o rendimento médio dos servidores públicos federais é 288% maior do que a média nacional. No ano de 2015, a média da despesa mensal com a remuneração dos servidores ativos do Poder Executivo federal era de R\$ 9.723,00 (nove mil setecentos e vinte e três reais), segundo o Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais, divulgado em fevereiro de 2015 pelo Ministério do Planejamento, o que representa uma remuneração próxima a 1% dos mais ricos no país e três vezes maior que o PIB *per capita* brasileiro em 2014. Se analisarmos a média da despesa mensal de outros poderes, os valores são ainda mais elevados: (i) R\$ 15.034,00 (quinze mil e trinta e quatro reais) para o Poder Legislativo; (ii) R\$ 15.255,00 (quinze mil, duzentos e cinquenta e cinco reais) para o Poder Judiciário; e (iii) R\$ 13.971,00 (treze mil, novecentos e setenta e um reais) para o Ministério Público da União.

²⁵Enquanto o teto previdenciário do RGPS gira em torno de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), a

Com essas informações em mente, é impossível não concluir que a aposentadoria no serviço público, mesmo no regime contributivo, ainda constitui uma vantagem, uma vez que os valores são muito mais elevados do que o benefício pago aos trabalhadores do setor privado. Por que manter essa distinção favorável para servidores que comprovadamente cometeram ilícitos? Não seria claramente injusto permitir que o indivíduo se aposente com valores exorbitantes mesmo tendo uma conduta reprovável durante o exercício de suas funções?

Em segundo lugar, além do elevado montante dos proventos do regime próprio em comparação com o regime geral, outro dado não pode ser esquecido. Ainda que o servidor arque com a contribuição previdenciária (11% sobre o valor de sua remuneração, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.887/2004), e com isso contribua financeiramente para a sua aposentadoria, uma parte relevante do valor disponível no fundo também é custeada pelos cofres públicos.²⁶

Assim, do ponto de vista financeiro, não é verdade que o servidor público é o único responsável pela formação da sua aposentadoria. Pelo contrário, uma expressiva parcela do seu

despesa média com aposentados do Poder Executivo da União é de R\$ 8.739,00 (oito mil setecentos e trinta e nove reais). A média dos outros poderes é ainda mais alarmante: (i) incríveis R\$ 26.285,00 (vinte e seis mil, duzentos e oitenta e cinco reais) no Poder Legislativo; (ii) R\$ 18.303 (dezoito mil trezentos e três reais) no Poder Judiciário; e (iii) R\$ 16.932 (dezesseis mil, novecentos e trinta e dois reais) no Ministério Público da União, de acordo com os dados trazidos pelo Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais, divulgado em fevereiro de 2015 pelo Ministério do Planejamento.

²⁶De acordo com o art. 8º da Lei nº 10.887/2004, a contribuição da União para o custeio do regime de previdência é o dobro da contribuição do servidor ativo. E mais: o parágrafo único do dispositivo mencionado afirma que a União é responsável por cobrir eventuais insuficiências financeiras do regime decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários. Em outras palavras, há uma quantidade significativa de recursos públicos drenados para o pagamento de aposentadorias de servidores (BRASIL, 2004).

provento de inatividade vem justamente da contribuição paga pelo poder público, o que enfraquece a tese de enriquecimento ilícito por parte do Estado no momento da cassação da aposentadoria. Novamente, as perguntas que merecem resposta são: o que justificaria manter uma aposentadoria em regime privilegiado para indivíduos punidos em processo administrativo disciplinar? Como justificar isso perante a sociedade?

Diante desse cenário, a proposta do presente trabalho é buscar o caminho do meio.

Entendemos que não há razão jurídica para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990. De fato, o art. 41, §1º, II, da Constituição permite a perda do cargo para servidor público condenado em processo administrativo disciplinar. Com a perda do cargo, ficaria insubsistente o ato de concessão de aposentadoria. Ainda que o regime administrativo não se confunda com o previdenciário, é certo que o servidor apenas tem direito aos benefícios do regime próprio de previdência se está empossado em um cargo público efetivo. Caso contrário, o regime de previdência ao qual está vinculado seria o RGPS. Tanto é assim que o art. 183, §1º, da Lei nº 8.112/1990 determina que os ocupantes de cargo em comissão que não sejam, simultaneamente, ocupantes de cargo ou emprego efetivo na Administração Pública não têm direito aos benefícios do regime próprio de previdência.

Por outro lado, como já explicado acima, não há de se falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido. A higidez do ato de concessão de aposentadoria fica prejudicada justamente pelo conhecimento *a posteriori* de fato impeditivo de concessão do benefício, com fundamento no art. 172 da Lei nº 8.112/1990. Caso a conduta delituosa fosse conhecida antes da requisição da aposentadoria, sendo instaurado o devido processo administrativo disciplinar, o servidor ficaria impedido de ter seu pedido deferido, o que levaria a sua demissão em caso de aplicação de pena.

Também não se sustenta o argumento do caráter perpétuo da pena e a sua característica de ultrapassar a pessoa do acusado. O fato de a sanção ser *definitiva*, não quer dizer que ela é *perpétua*. A cassação da aposentadoria em um cargo específico não impede o servidor de vir a se aposentar em outro cargo, desde que cumpra os requisitos mínimos. Não se trata de uma impossibilidade eterna de auferir benefício previdenciário no regime próprio, mas sim de concessão de aposentadoria em razão de um ilícito cometido em cargo específico. Em princípio, não há qualquer empecilho à aposentadoria por outro cargo público.

Além disso, o mero fato de a penalidade atingir indiretamente os familiares do servidor não significa que ela ultrapassa a pessoa do indiciado. Se assim fosse, o ordenamento jurídico brasileiro não permitiria

nenhuma condenação pecuniária, tendo em vista que qualquer perda financeira provocada por decisão do poder público, em alguma medida, prejudica materialmente os familiares do apenado. Fora isso, não há como alegar que há, em qualquer hipótese, um direito subjetivo à obtenção de pensão pelos herdeiros do servidor público, especialmente quando eles dispõem de meios para obtenção da própria sobrevivência.

A constitucionalidade da cassação da aposentadoria, contudo, deve ser acompanhada de uma *válvula de escape* para o servidor punido. Os arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990 devem ser interpretados conforme a Constituição, de maneira a *permitir a contagem do tempo de contribuição no regime próprio para efeito de aposentadoria no regime geral, com fundamento no art. 201, §9º, da Constituição*.²⁷

Essa solução, além de fundamentada na Constituição e na legislação pertinente, compreende uma série de benefícios. *Primeiro*, respeita a natureza contributiva do regime próprio de previdência social, de modo que o aporte financeiro realizado pelo servidor terá como contrapartida, ainda que sem uma comutatividade direta, um benefício previdenciário concedido pelo Estado. *Segundo*, privilegia a jusfundamentalidade do direito à aposentadoria, na medida em que o indivíduo condenado não ficará sem uma proteção mínima da seguridade social, o que, de modo indireto, também promove o princípio da dignidade da pessoa humana. *Terceiro*, ao mesmo tempo em que preserva os direitos do indiciado, também alcança os anseios de punição da sociedade, na medida em que não concede ao servidor faltoso um regime mais benéfico do que o disponibilizado para a maior parte dos demais cidadãos, garantindo-lhe o mesmo tratamento dos demais empregados regidos pelo RGPS. *Quarto*, desonera os já combalidos fundos de pensão dos servidores públicos, sem deixar de prestar um cobertor de segurança mínimo ao servidor apenado. *Quinto*, cria uma estrutura correta de incentivos aos servidores que se mantêm no cargo mesmo tendo direito à aposentadoria, de maneira a não estimular a prática de condutas delituosas. *Sexto*, preserva a proporcionalidade e a isonomia nas sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos, na medida em que trata da mesma forma aqueles que praticaram conduta ilícita passível da penalidade de demissão durante a atividade, uma vez que tanto os que foram demitidos quanto

²⁷ De acordo com o dispositivo, “Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei” (BRASIL, 1988). Assim, o servidor que teve a sua aposentadoria cassada poderia requerer a sua filiação no RGPS e postular a contagem recíproca do tempo de contribuição do regime próprio. Nos termos do art. 99 da Lei nº 8.213/1991, o benefício seria pago na forma da legislação do regime geral de previdência e de acordo com a contagem do tempo de contribuição, ficando inteiramente regido pelo RGPS.

os que tiveram a aposentadoria cassada podem, igualmente, aproveitar o tempo de contribuição no regime próprio para o regime geral de previdência.²⁸

6. Síntese conclusiva

O caminho do meio proposto no presente trabalho busca compatibilizar tanto os principais argumentos pela constitucionalidade dos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990 quanto a questão essencial levantada pelos defensores da inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria: a natureza contributiva do regime próprio de previdência social, promovida pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993, nº 20/1998 e nº 41/2013.

O aproveitamento do tempo de contribuição no RGPS para servidores punidos com a cassação de aposentadoria constitui o melhor mecanismo para preservar os interesses contrapostos no presente caso: de um lado, o direito individual do servidor de ter uma contrapartida financeira do Estado pelos anos de contribuição previdenciária vertida aos cofres públicos; de outro lado, o interesse da sociedade em punir os servidores que não executam suas atividades de acordo com os padrões exigidos.

A esperança é que as ponderações apresentadas no presente trabalho contribuam para o debate sobre o tema, bem como funcionem como auxílio argumentativo para a decisão a ser proferida nos autos da ADI 4882. Defendemos que o Supremo Tribunal Federal enfrente adequadamente as teses contrapostas, respondendo aos argumentos contrários à manutenção da penalidade no regime administrativo brasileiro, de modo a pacificar a questão.

A melhor postura, a mais adequada à Constituição, é a que preserva a validade da sanção disciplinar da cassação da aposentadoria, de um lado, mas permite, de outro, o aproveitamento, no RGPS, do tempo de contribuição prestado pelo servidor ao Regime Próprio, mediante compensação financeira entre os sistemas públicos de seguro social.

²⁸ A proposta aqui apresentada já encontra ressonância na jurisprudência. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sede de apelação no processo nº 2004.83.02.005904-2, adotou entendimento defendido neste trabalho, ao afirmar expressamente que o servidor que teve a pena de cassação de aposentadoria decretada em processo administrativo disciplinar, apesar de não ter direito a reaver as parcelas da contribuição previdenciária já vertidas ao sistema, poderia aproveitar o tempo de contribuição no RGPS. Ver TRF 5ª Região, Apelação cível nº 392178/PE, Rel. Des. Francisco Wildo, j. em 23/mar./2010. A mesma solução também é defendida por João Batista Ribeiro: “Na hipótese em comentário, não há qualquer proibição na legislação que impeça ao servidor público, aposentado pelo Regime Próprio de Previdência que, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, tenha sido punido com a pena de cassação de aposentadoria, prevista no art. 134 da Lei nº 8.112, de 1990, filie-se ao RGPS e, após o cumprimento da carência mínima exigida (art. 24, §único, da Lei nº 8.213/1991), aproveite a regra do art. 99, da Lei nº 8.213, de 1991, a fim de lhe garantir o direito à aposentação” (RIBEIRO, 2012, p. 65).

A proposta apresentada, além de dar solução jurídica à questão, é a mais justa e a que preserva o núcleo essencial do Direito Fundamental à Previdência, em situação de isonomia entre os servidores públicos e os segurados do Regime Geral de Previdência.

Sobre os autores

Marcelo Leonardo Tavares é doutor e mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), RJ, Brasil.

E-mail: marceloltavares@globocom

Estêvão Gomes Corrêa dos Santos é mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), RJ, Brasil.

E-mail: estevaogcs@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁹

RETIREMENT REPEAL PENALTY: A MIDDLE PATH

ABSTRACT: This article aims to examine the constitutionality of the retirement repeal penalty after the changes in Brazilian Constitution that modified the national social security system. We will analyze the arguments in favor and against the constitutionality of the administrative sanction and propose a middle path, which seeks to balance the validity of the penalty with the individual right of public servants to receive a financial contribution paid by the State after by years of contribution for the social security system.

KEYWORDS: PENSION LAW. RETIREMENT REPEAL PENALTY. CONSTITUTIONALITY.

Como citar este artigo

(ABNT)

TAVARES, Marcelo Leonardo; SANTOS, Estêvão Gomes Corrêa dos. Cassação de aposentadoria: o caminho do meio. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 81-100, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p81>.

²⁹ Sem revisão do editor.

(APA)

Tavares, Marcelo Leonardo, & Santos, Estêvão Gomes Corrêa dos. (2016). Cassação de aposentadoria: o caminho do meio. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 81-100. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p81

Referências

ATALIBA, Geraldo. Inconstitucionalidade de punições permanentes. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 33, n. 95, p. 15-25, jul./set. 1994.

BASTOS, Talita Ferreira; BEZERRA, Laerço Salustiano. A inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. *Tributação em Revista*, v. 19, n. 64, p. 40-43, jan./jun. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*, 12 dez. 1990.

_____. Emenda Constitucional nº 3, de 1993. *Diário Oficial da União*, 18 mar. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 21.948. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, 7 dez. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 22.728/PR. *Diário da Justiça*, 13 nov. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no mandado de segurança n. 23.299. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 12 abr. 2002.

_____. Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004. *Diário Oficial da União*, 21 jun. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no mandado de segurança n. 23.219. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça*, 19 ago. 2005a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 504.188-6. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 11 nov. 2005b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança n. 32.624. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça eletrônico*, 23 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança n. 17.537. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. *Diário da Justiça eletrônico*, 9 jun. 2015a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n. 729. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça eletrônico*, 23 jun. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4882. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2015c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 661.256. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. *Diário da Justiça eletrônico*, 2016.

CAMPOS, Adir Claudio. A impossibilidade de cassação da aposentadoria de servidor público após a EC nº 20/98. *Fórum Administrativo*, v. 13, n. 153, p. 9-15, nov. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. *Conjur*, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. Inconstitucionalidade da “cassação” de aposentadoria no Brasil: considerações gerais e modulação sobre o tema em face da realidade nacional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 201-226, jan./abr. 2014.

FRIEDMAN, David. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios do direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 775, p. 449-470, maio 2000.

PIEDORNA, Zélia Luiza. A inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria. *Revista de Direito Social*, v. 5, n. 20, p. 19-34, out./dez. 2005.

RIBEIRO, João Batista. A penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público no regime contributivo. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 25, n. 92, p. 49-67, jan./jun. 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Direito adquirido à aposentadoria não se perde com a demissão do servidor titular: a absurda pena da cassação de aposentadoria por falta antiga, punível com demissão. *Revista Zênite: IDAF informativo de direito*, v. 6, n. 72, p. 1049-1056, jul. 2007.

RUIZ, Urbano. Pena disciplinar: servidor que comete falta grave pode ter aposentadoria cassada. *Conjur*, 30 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-30/urbano-ruiz-nao-ilegalidade-cassar-aposentadoria-servidor>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de segurança n. 0237774-66.2012.8.26.0000. Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti. *Diário da Justiça do Estado de São Paulo*, 10 jun. 2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. A constitucionalização do direito previdenciário. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 937-958.

Tipicidade penal e as faltas da Lei de Execução Penal

O incidente de falta grave visto à luz das garantias do cidadão

THIAGO COLNAGO CABRAL

Resumo: Este estudo aborda a influência da teoria do tipo penal no processamento das faltas graves previstas na Execução de Penas, especialmente sob o enfoque das garantias do cidadão.

Palavras-chave: Execução Penal. Faltas. Tipo. Garantias.

Mesmo que introdutório, qualquer estudo sobre o direito sancionatório, tanto na esfera administrativo-fiscal, quanto no âmbito do Direito Penal – em que as garantias do cidadão hão de ser reconhecidas com maior amplitude –, deve estar baseado na verificação de que o princípio da legalidade impõe limites à prerrogativa punitiva do Estado.

Obras e mais obras foram e são cotidianamente publicadas a respeito do tema, que, a bem da verdade, não comporta qualquer divergência, de modo que é a lei o delimitador e o legitimador de qualquer restrição de direitos pelo Estado.

Nesse sentido, assume imenso relevo a teoria do tipo, como única hipótese legítima de incidência da prerrogativa do Estado de restringir direitos individuais. Justamente nesse pormenor o presente estudo propõe-se a debater questão diversa, referente à incidência ou não dos dogmas referentes ao tipo penal relativamente às faltas disciplinares dispostas na LEP. Tal exame demanda, preliminarmente, apreciação acerca da teoria do tipo e, sobretudo, do papel que ela exerce no Direito Penal.

Lúcio Eduardo Herrera acentua que:

Normalmente se cita Feuerbach como el jurista que le ha dado fundamentación científica al principio, tomándolo originariamente de la Carta Magna de 1215 y por supuesto iluminado de la filosofía racionalista de su época, el Iluminismo. En la citada época e iluminado

Recebido em 14/10/15
Aprovado em 7/6/16

por los principios mencionados, aunque no con tanta precisión como Feuerbach y anterior a él, no debemos dejar a un lado a Beccaria. Éste decía que sólo las leyes pueden establecer penas para los delitos y que esta autoridad sólo puede residir en el legislador (HERRERA, 1997, p. 283).

Essa referência indica, com bastante clareza, a relação que a teoria do tipo mantém com o Iluminismo, momento histórico em que se concebia a organização do Estado que assegurasse direitos fundamentais ao cidadão, de forma que as limitações de seus direitos individuais só poderiam ser impostos pela lei como reflexo dos interesses legítimos do Estado e, assim, da coletividade.

Como reflexo de tal contexto, foi concebido um núcleo mínimo de direitos que resguardassem os indivíduos de violações e abusos por parte do Estado, com base na premissa do primado da lei. Àquela época, hoje reconhecida como a era da primeira geração de direitos humanos, destacou-se a busca pelo primado da lei, como medida que pudesse excluir a atuação discricionária do Estado em detrimento dos direitos do cidadão.

É evidente que esse movimento histórico repercutiu no delineamento do que hoje se denomina princípio da legalidade; tanto assim que, desde a *Magna Charta Libertatum* inglesa, de 1215¹, até a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789² – apenas para fazer referência a normativas internacionais mais remotas –, estabeleceu-se a premissa de que ninguém é obrigado a fazer ou abster-se de algo, salvo mediante determinação legal.

É singela a constatação de que a legalidade, estabelecida como dogma da sociedade após o Iluminismo, assume a condição de núcleo valorativo do ordenamento político, reverberando em outras tantas regras reitoras, tais como a anterioridade, a intervenção mínima e a ofensividade inerentes ao Direito Penal, extraídas da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A legalidade, entretanto, como regra segundo a qual ninguém se obriga à ação ou à abstenção senão em razão de disposição legal, assumiu reflexo no Direito Penal atinente à exigência de que as normas incriminadoras fossem claras e incontestes na definição das condutas puníveis, como reflexo da garantia do cidadão contra o arbítrio estatal (legalidade). Essa exigência definiu-se, no âmbito da teoria do crime,

¹ Art. 39 da *Magna Charta Libertatum*: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país” (MAGNA, 1215, tradução nossa).

² Art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordene” (DECLARAÇÃO, 1789).

como tipo penal, como estrutura delimitadora da hipótese de cabimento da incidência da norma punitiva, marcada pela função de descrever de modo claro e acessível ao nível cultural médio, na expressão de Sérgio Salomão Shecaira, de modo a resguardar o cidadão de qualquer excesso punitivista estatal.

A primeira referência àquela concepção é atribuída a Beling, no seu *Die Lehre vom Verbrechen*, editado em 1906, que utilizou a expressão *Tatbestand*³ na acepção de contexto fenomênico do delito, isto é, de conjunto de elementos materiais concretamente verificáveis no mundo natural necessários ao reconhecimento da prática delitativa. Nessa fase, a concepção de *Tatbestand* descola-se de sua significação original, sinônima de *corpus delicti*, assumindo sentido jurídico próprio, para corresponder aos elementos materiais necessários ao reconhecimento do delito.

Antes de tal concepção, o conceito de crime então vigente – diversamente do que possa parecer frente à disseminação de uma teoria finalista do crime como fato típico, antijurídico e culpável, amplamente difundida hoje – não abarcava a noção de tipicidade como correspondência entre a conduta perpetrada e um padrão normativo previamente definido.

A construção de Beling foi, à época, objeto de ressalvas que, entretanto, não estiveram destinadas à impugnação de suas conclusões, pois seu propósito era, sobretudo, afastar uma concepção puramente descritiva do tipo⁴. Em outras palavras, as ressalvas atribuídas à construção de Beling não se referiam à sua proposta de descrição de elementos materiais de configuração do delito, mas à falta, então inerente à noção de *Tatbestand*, de elementos valorativos ou axiológicos nessa construção.

Destacou-se naquelas críticas, que se afigura mais propriamente uma reconstrução da noção de tipo penal de Beling, a posição encampada por Edmund Mezger, no sentido de que definir o delito como ação tipicamente antijurídica e culpável, constatando na tipicidade a própria ratio essendi da antijuridicidade. Passados 24 anos, com a edição do *Die Lehre vom Tatbestand*, já em 1930, o próprio Beling acolheu essas críticas e reconheceu a evolução de sua construção a partir delas ao aspecto puramente descritivo reservado ao *Tatbestand*.

Nessa nova obra, Beling reafirmava a função descritiva do tipo penal como reflexo da legalidade a exigir que o legislador defina claramente

³ Relevante na aferição do significado da expressão adotada por Beling (2002) é a constatação de que a palavra *Tatbestand* já era utilizada no Direito germânico, correspondendo, até então, à expressão latina *corpus delicti*, no sentido de conjunto de vestígios materiais da conduta delitativa.

⁴ Renato de Mello Jorge da Silveira (2003) acentua, todavia, a posição de Binding, efetivamente crítica à construção de Beling, segundo a qual a teoria do tipo seria uma “inútil complicação”.

os elementos necessários à configuração do delito e à legitimação do exercício do poder punitivo pelo Estado; reconhecia, porém, que àquela construção se acresciam elementos valorativos e axiológicos, reservados mais precisamente ao exame judicial, e não à pura constatação material.

É evidente a constatação de que os elementos valorativos e axiológicos, reconhecidos por *Beling no Die Lehre vom Tatbestand* após as críticas a seu modelo inicial, viabilizam uma alteração do sistema normativo criminal ao indicar que a construção das figuras delitivas não estava adstrita necessariamente à conjugação de elementos meramente materiais, de modo que a eles se somariam aspectos valorativos e axiológicos.

Conforme essa a nova concepção adotada por Beling:

Toda figura delictiva autónoma se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstos a veces expressis verbis, a veces sub intelligenda, para precisarse o completarse por interpretación. Encuéntrense esos elementos en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna (subjetiva) de la acción. Los elementos externos caracterizan el tipo de ilicitud de cada caso y los internos las particularidades de la culpabilidad que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito (BELING, 2002, p. 76-77).

A reconstrução da doutrina de Beling, na verdade, servia à superação de uma quase idolatria do tipo, representada pela concentração da teoria do crime em construção puramente fenomênica, destituída de elementos normativos na configuração do delito, como reflexo do primado da legalidade estrita. Nesse novo momento de sua obra, Beling distingue os conceitos de *Delikttypus* e *Tatbestand*, agora visto

também como sinônimo de *Leitbild*, já que, enquanto àquele se reservava a função meramente descritiva, a este se atribuía a conjugação das condutas materiais descritas com sua *ratio essendi*, consistente na antijuridicidade.

Preciosas, de novo, as lições de Renato de Mello Jorge da Silveira, referindo-se à remodelagem de Beling à sua obra:

Pretendeu ele estabelecer uma distinção entre tipo de delito (*Delikttypus*) e *Tatbestand* ou figura reitora (*Leitbild*). Ao primeiro corresponderiam todas as características internas e externas de cada figura legal. Os delitos-tipos são meramente descritivos, pois nele não se expressa a valoração jurídica que os qualifica como antijurídicos. Já o *Tatbestand*, como figura ideal, não tem assento na parte objetiva nem na subjetiva do delito, sendo modelo conceitual extraído das ocorrências externas (SILVEIRA, 2003, p. 79).

Por um lado, essa construção doutrinária reafirmou o caráter essencial do tipo penal na legitimação do sistema normativo, como reflexo do dogma da legalidade imposto pelo liberalismo, ao mesmo tempo em que, por outro, delimitou mais precisamente aquela exigência, por meio da constatação de que, no enfoque epistemológico, o tipo penal é integrado tanto por elementos materiais fenomênicos quanto por elementos valorativos e axiológicos – todos essenciais à configuração do delito.

Não há dúvidas de que mesmo os elementos tidos como mais descritivos da norma encartam, essencialmente, parcela de valoração pelo julgador; ainda assim, tal margem interpretativa é substancialmente menor do que aquela própria dos elementos normativos, o que confere maior segurança jurídica ao cidadão.

Com efeito, é possível estabelecer que o tipo penal, que configura a base de estrutu-

ração do sistema normativo, tem por escopo fundamental assegurar a liberdade do cidadão ao definir, mediante a descrição dos elementos necessários ao reconhecimento do delito, as hipóteses de exercício legítimo do poder punitivo estatal. Tal constatação é ratificada pela verificação de que, já em momentos históricos posteriores, quando vigente um sistema político de força, prevaleceram construções normativas que mitigaram a incidência da teoria do tipo como premissa à configuração de crime, consoante se infere, por exemplo, no art. 2º do Código Penal alemão do Nacional Socialismo⁵ e no art. 16 do Código Penal Soviético de 1926⁶.

A relevância da teoria do tipo na organização do sistema de justiça criminal é tamanha que recente doutrina italiana proclama a existência de princípio da *determinatezza della legge penale*, na expressão de Antônio Palazzo (2012, p. 485), corolário da teoria do tipo, cujo escopo seria englobar não apenas as exigências próprias desta, mas também para delimitar, como padrão político, as fontes do Direito Penal.

A demonstração do processo histórico de formação da teoria do tipo revela que, na condição de reflexo do liberalismo, seu propósito é a delimitação do exercício do poder punitivo do Estado, o que denota que ela assume inequívoca função de garantia do cidadão.

Tanto assim que Renato de Mello Jorge da Silveira (2003, p. 84-85) ressalta que “delimita o tipo penal, conforme atualmente se aceita, o âmbito do injusto penalmente relevante”, indicando “uma função indiciária (segundo a qual a circunstância de que uma ação seja típica revela um indício de que venha a ser, também, antijurídica) e uma função de garantia (pela qual o tipo seria uma expressão do princípio da legalidade)”.

Em consequência dessa função de garantia do cidadão inerente ao tipo penal, Lucio Eduardo Herrera ressalta que a teoria do tipo:

exige la redacción de tipos penales cerrados y completos con lo cual se establece una estabilidad en la acción prohibida y se da seguridad jurídica. Con ello se garantiza la tranquilidad y seguridad de los habitantes a quienes sólo se les podrá imponer pena cuando hayan ejecutado una acción prohibida por la ley (HERRERA, 1997, p. 287).

Sérgio Salomão Shecaira, ainda ao tempo de seus estudos de mestrado, indicou ainda que a teoria do tipo penal exigiria também o uso de

⁵ Art. 2º do Código Penal alemão: “Também é punível a ação que merece ser punida de acordo com o princípio básico de uma norma penal e a sã consciência do povo” (DECOMAIN, 2014).

⁶ Art. 16 do Código Penal da URSS: “Quando um ato socialmente perigoso não estiver expressamente previsto neste Código, os fundamentos e a extensão da responsabilidade se determinam pelos artigos deste Código que proveem delitos de natureza análoga” (UNIÃO SOVIÉTICA, 1959).

“linguagem clara e acessível ao nível cultural médio” (SHECAIRA, 1993, p. 123), ao que se soma a advertência de Muñoz Conde de que “deben evitarse, además, los conceptos indeterminados (moral, buenas costumbres) por el peligro que representan para la seguridad jurídica de los ciudadanos, al dejar sin precisar claramente la conducta prohibida” (CONDE, 2007, p. 61).

É evidente que essas exigências têm justamente o propósito de reforçar a função garantidora da teoria do tipo, impondo medidas que resguardem o amplo acesso do cidadão ao conteúdo proibitivo da norma penal pelo uso de linguagem clara e acessível e pelo afastamento de conceitos indeterminados. A função garantidora do tipo penal exige, ademais, que a própria exegese da norma penal observe a limitação inerente ao resguardo dos direitos fundamentais do cidadão, de maneira a vedar sua interpretação pela autoridade judiciária com desatendimento aos contornos substanciais da proibição. Nesse propósito, destaca-se a incidência do princípio da insignificância, proposto por Roxin, com a finalidade de implantar o enfoque da tipicidade material no exame da relação de tipicidade.

No mesmo sentido, ressaltou Welzel que a interpretação do tipo penal, por reflexo de sua função garantista, deveria estar submetida ainda ao princípio da adequação social, definido por Francisco de Assis Toledo como a vedação de que, em situações de aparente conflito, a exegese da proibição normativa repercuta no alcance de “condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas” (TOLEDO, 2002, p. 131).

A aplicação dos princípios da insignificância e da adequação social constitui, então, a diretriz interpretativa fundada no aspecto garantidor da teoria do tipo, de maneira que sua incidência, com nítido propósito de reduzir o alcance da prescrição punitiva, seja

fundamental para assegurar exegese restritiva dos tipos penais “redactados con excesiva amplitud” (CONDE, 2007, p. 59), especialmente em razão do caráter fragmentário do Direito Penal.

A função delimitadora da teoria do tipo, como reflexo libertário da legalidade, repercute inclusive como freio à atividade judicante, ao estabelecer que a interpretação das normas reservada ao Judiciário haverá de observar “limites razoáveis”, que inviabilizam qualquer “modificação substancial da norma em detrimento do acusado”, consoante julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos⁷.

A evolução do pensamento dogmático a respeito da teoria do tipo revelou, até esse ponto, que, a partir do princípio da legalidade e como garantia fundamental do cidadão, exige-se descrição que seja compreendida pelo homem médio, pois nela seria descabido o uso de termos vagos e indeterminados, bem como são incidentes regras interpretativas delimitativas incompatíveis com sua ampliação substantiva.

Não há dúvidas de que as subsequentes revisitações da dogmática penal, especialmente referentes ao advento do finalismo, encerra-

⁷A questão foi apreciada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sob o enfoque de eventual violação do art. 7º da Convenção Europeia em julgamento envolvendo o Reino Unido e o cidadão identificado pelas iniciais S.W. O cerne da questão submetida à Corte dizia respeito a condenação por estupro entre cônjuges, tendo sido apreciada, ainda em 1995, sob a ótica de que a hipótese não seria expressamente prevista no tipo penal, de modo que seria descabida a interpretação do Judiciário local que reconheceu a tipicidade da conduta. Na oportunidade, a Corte sublinhou que “le pouvoir d’interprétation du juge penal doit done rester dans des limites raisonnables mais la notion d’interprétation raisonnable reste difficile à cerner. La Commission a, certes, indiqué que si le juge ne pouvait modifier, de manière substantielle, au détriment de l’accusé les éléments constitutifs d’une infraction, en revanche il n’y avait rien à objecter à ce que les éléments constitutifs de l’infraction soient précisés et adaptés à des circonstances nouvelles pouvant raisonnablement enter dans la conception originelle de l’infraction” (SUDRE et al, 2004. p. 235).

ram outros tantos reflexos na teoria do tipo; entretanto, essas consequências, conquanto muito relevantes, pouco interferem na temática proposta, pelo que seu exame fica reservado para outro trabalho.

Esse quadro de coisas permite, assim, reconhecer que a incidência da teoria do tipo ocorre em dois aspectos: o primeiro, na atividade legislativa propriamente dita, orientando e delimitando a definição de normas proibitivas pelo legislador, ao passo que o segundo é aplicável especificamente na prática judicante, sobretudo na interpretação da norma penal incriminadora no momento de aferição da subsunção do fato imputado à norma. Tal construção, todavia, tem comportado sucessivas inobservâncias na contemporaneidade, marcada pela expansão do Direito Penal e pela *overcriminalization*, características da sociedade pós-industrial e da proteção pela tutela penal de direitos subjetivos supraindividuais (SILVA SÁNCHEZ, 2011; SILVEIRA, 2003; HUSAK, 2008).

Essa nova concepção da tutela penal, atrelada à mudança substancial do bem jurídico tutelado, acarreta mudança substancial na construção típica, que passa a se afastar das exigências históricas da teoria do tipo, especialmente mediante o que Adriane Pinto (2011, p. 117) definiu como o “desprestígio dos elementos objetivos do tipo em prol da escolha de concepções normativas”, cujos limites interpretativos mais amplos do que os dos elementos puramente materiais e descritivos.

A mencionada providência repercute, por óbvio, na ampliação do âmbito de condutas puníveis, mas, muito mais do que isso, reduz substancialmente as margens de segurança do cidadão frente ao poder punitivo do Estado, especificamente porque se criam – em virtude da prevalência dos elementos normativos do tipo em detrimento dos componentes objetivos e descritivos – restrições à plena compreensão do tipo penal e ampliam-se substantivamente as margens interpretativas da previsão legal punitiva. A consequência mais imediata dessa medida é uma malversação do princípio da legalidade, justamente por restringir a possibilidade de o cidadão conhecer, previamente, as hipóteses de incidência do poder punitivo do Estado, até mesmo porque há hipóteses de se verificarem tipos em que o núcleo do tipo é até mesmo oculto (BATISTA, 2007), desequilibrando assim a relação cidadão *versus* Estado (TRAD, 2013).

Demonstração clara dessa nova tutela penal revela-se nos tão questionados preceitos típicos da gestão fraudulenta e, principalmente, temerária⁸, as quais suscitam críticas ferrenhas (COSTA; ANDRADE, 2001) justamente em razão da ocultação do núcleo objetivo do tipo,

⁸ Lei nº 7.492, de 1986. “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena – Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

conjugado ao uso de elementos puramente normativos com o nítido propósito de viabilizar uma imposição penal mais ampla. Nesse contexto, deve ser reconhecido que a teoria do tipo, mesmo em face da releitura que a expansão do Direito Penal lhe tem imposto, presta-se à função de garantia do cidadão diante dos excessos punitivos do Estado, assegurando a viabilidade do conhecimento prévio das hipóteses de incidência do poder punitivo estatal e delimitando com um mínimo de segurança ao cidadão as hipóteses legítimas de exercício do poder punitivo.

Sob esse enfoque, há uma premissa fundamental: sendo a teoria do tipo corolário do princípio da legalidade, reconhece-se sua incidência em todas as áreas do ordenamento jurídico que ostentem caráter sancionatório – vale dizer, restritivo de direitos individuais – justamente porque ações ou omissões impostas não, sempre, de decorrer de disposição legal.

Não há dúvidas de que ocorrerá variação entre o nível de incidência das garantias e o sistema de imputação adotado, tal como reconheceu Jesús-María Silva Sánchez em sua concepção de velocidades do Direito Penal; ainda assim, a premissa da possibilidade de restrição de direitos individuais pelo Estado é a concepção de um conjunto de garantias aplicáveis ao indivíduo⁹, fundada em primeiro plano, sempre, na aplicação da teoria do tipo, como reflexo da legalidade. Isso permite, também, concluir pela incidência da teoria do tipo em todas as esferas sancionatórias do Direito, como premissa de validade hábil a legitimar a restrição de direitos individuais pelo Estado¹⁰.

Nesse sentido, a conclusão há de aplicar-se inclusive na órbita da Execução Penal, especialmente porque a adoção do método progressivo de cumprimento de pena estabelece direitos subjetivos à recuperação gradativa da liberdade (v.g. admissão no regime semiaberto, concessão de trabalho externo, obtenção de permissão de saídas e de saídas temporárias, colocação em regime aberto e finalmente a outorga de livramento condicional); em contrapartida, descreve hipóteses de imposição, de novo, de maior restrição à liberdade (prática de faltas disciplinares).

⁹ Sobre o tema, adverte Silva Sánchez que “el punto de partida que adopto es la directa relación existente entre las garantías que incorpora un determinado sistema de imputación y la gravedad de las sanciones que resultan de sua aplicación. En efecto, estimo posible sostener la idea de que la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 167).

¹⁰ Paulo de Barros Carvalho, dissertando sobre o Direito Tributário com termos amplamente aplicáveis ao Direito Penal, sublinha que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Efunde sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e deveres correlatos sem que a lei os estipule” (CARVALHO, 2002, p. 148), o que ratifica a visão aqui externada.

Essa conclusão reforça-se, sobretudo, em relação às denominadas faltas disciplinares de natureza grave¹¹, notadamente porque seu reconhecimento repercute na regressão de regime prisional¹², na perda de dias remidos¹³ e na reabertura da contagem de prazo para obtenção de nova progressão¹⁴. Com efeito, não há dúvidas de que as reações estatais decorrentes do reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave impõem severas restrições aos direitos individuais do cidadão, o que denota, com nítida clareza, a necessidade de que se resguarde um conjunto de garantias correspondentes a esse sistema de imputação¹⁵.

Poder-se-ia opor, contudo, à essa conclusão eventual o questionamento sobre a natureza jurisdicional ou administrativa da execução de penas, temática que ainda suscita alguns questionamentos na doutrina, apesar do tempo de vigência da Lei nº 7.210/1984.

Interessante anotar que, recentemente, os debates a respeito do tema receberam novos aportes em razão da previsão do art. 112 do PLS nº 513, de 2013, que objetiva instituir a nova LEP, especificamente porque fica determinada a progressão de regime sem intervenção judicial, isto é, automaticamente, por deliberação do diretor da unidade prisional, sempre que o sentenciado não tiver falta disciplinar anotada em seus registros¹⁶. Independentemente desse posicionamento, deve-se

¹¹ Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (BRASIL, 1984).

¹² Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave (BRASIL, 1984).

¹³ Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar (BRASIL, 1984).

¹⁴ “Segundo entendimento fixado por esta Corte, o cometimento de falta disciplinar de natureza grave pelo Executado acarreta o reinício do cômputo do interstício necessário ao preenchimento do requisito objetivo para a concessão do benefício da progressão de regime” (BRASIL, 2010).

¹⁵ Tanto assim que, em dois momentos, a Lei de Execuções Penais adverte a necessidade de observância da ampla defesa e do contraditório nos procedimentos apuratórios de faltas disciplinares (“Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.” e “Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; [...] § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado”) (BRASIL, 1984).

¹⁶ Art. 112 do PLS nº 513, de 2013: A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência automática para regime menos rigoroso, quando o preso houver cumprido ao menos 1/6 da pena no regime anterior, exceto se constatado mau comportamento carcerário, lançado pelo diretor do estabelecimento no registro

observar que, desde a promulgação da LEP, em 1984, o legislador optou pela política de estabelecer um regramento híbrido quanto ao cumprimento da sentença penal condenatória. Esse caráter híbrido remonta à configuração de que, de um lado, há um regramento de disciplina e atribuições de natureza puramente administrativa, reservado ao Poder Executivo, ao passo que, noutro plano, foi reservada ao Judiciário uma plêiade de encargos, especialmente os referentes ao reconhecimento de determinados direitos subjetivos (indevidamente denominados benefícios prisionais) e ao processo e julgamento de incidentes decorrentes da atribuição de falta disciplinar de natureza grave.

Quanto a essa divisão de atribuições, estabeleceu o legislador determinados temas que só comportam apreciação judicial, de maneira que, quanto a eles, foi estabelecida a cláusula de reserva de jurisdição. Por tal razão, não há como deixar de verificar que sempre que demandar intervenção jurisdicional, a Execução Penal revelará faceta judiciária.

Logo, afigura-se cogente a conclusão de que a teoria do tipo, como arcabouço garantidor do cidadão frente ao poder sancionatório do Estado, haveria necessariamente de ser aplicada à Execução Penal, especialmente em relação ao juízo de tipicidade dos fatos definidos como faltas disciplinares graves, inclusive em razão dos reflexos que a referida condição causa nos direitos individuais do cidadão encarcerado.

É certo que, nesse tempo, é descabida a interferência no aspecto legislativo da teoria do tipo, já que a proposta do presente estudo se refere justamente à incidência da referida garantia no processo e julgamento das faltas disciplinares graves referentes ao cumprimento de pena privativa de liberdade.

Feito esse corte metodológico, fundamental à adequada apreciação da questão, cumpre ressaltar quais foram as hipóteses definidas pelo legislador como configuradoras de falta disciplinar grave.

Sobre o tema, dispõe a Lei nº 7.210/1984 em seus arts. 50 e 52:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II – fugir;

III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

eletrônico de controle de penas e medidas de segurança, caso em que a progressão ficará condicionada ao julgamento do incidente, em que obrigatoriamente se manifestarão o Ministério Público e a defesa, afastando a configuração da falta, respeitadas a prescrição e normas que vedem a progressão (BRASIL, 1984).

IV – provocar acidente de trabalho;

V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

[...]

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II – recolhimento em cela individual;

III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (BRASIL, 1984).

Pertinente, ainda, a referência aos ditames do art. 39 da LEP, mencionados no inciso VI do art. 50 do mesmo diploma:

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

[...]

II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

[...]

V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas (BRASIL, 1984);

É possível, pois, distinguir as faltas disciplinares graves previstas em dois grupos: o primeiro corresponde às condutas que, ao mesmo tem-

po, também repercutem na prática de crime doloso, ao passo que o segundo grupo tangencia outras práticas, sem reflexo criminal concomitante. No primeiro grupo estariam inseridas a prática de fato definido como crime doloso (art. 52) e a posse de objeto que permita comunicação com o meio exterior (art. 50, inciso VII)¹⁷, enquanto as demais (art. 50, incisos I a VI) corresponderiam ao segundo grupo.

A leitura de cada uma das referidas hipóteses típicas denota, com alguma tranquilidade, que a redação dos preceitos – talvez influenciada pela estrutura do Estado brasileiro à época da promulgação, quando ainda vigorava o regime militar – é caracterizada por expressões de conteúdo exageradamente amplo, com reiterada referência a disposições de cunho normativo, em nítido prejuízo à formação de um núcleo objetivo claro e firme.

Também uma suposta prevalência do poder punitivo na Execução Penal, sob o *aforisma in dubio pro societate* – até hoje sustentado, a despeito de sua incompatibilidade com a ordem constitucional vigente desde 1988 –, certamente é circunstância que influenciou o legislador na definição das mencionadas condutas típicas (faltas disciplinares).

Tanto assim que Andrei Zenckner adverte que a LEP

está estabelecida num modelo penal de legalidade atenuada, em que a elasticidade e a indeterminação das faltas disciplinares fazem com que o sistema de definição da desviação fundamenta-se numa epistemologia antigarantista, de sancionamento *quia peccatum e não quia prohibitum* (SCHMIDT, 2001, p. 110).

¹⁷ Art. 349-A do Código Penal: Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional. Pena: detenção, de 3 (meses) a 1 (um) ano (BRASIL, 1940).

É de se reconhecer então que, por influência da teoria do tipo, o exame da tipicidade das faltas disciplinares há de ser feito de modo absolutamente criterioso, assegurando-se os direitos fundamentais do sentenciado mediante sua adequada delimitação, especialmente com fundamento nos princípios da insignificância e da adequação social, de modo a compatibilizar a redação marcadamente elástica das hipóteses normativas com a legalidade estrita.

Com efeito, a hipótese do art. 50, inciso I, da LEP, define como falta disciplinar a incitação ou participação em “movimento para subverter a ordem e a disciplina”, o que revela a evidente opção legislativa pelo uso de elementos normativos (“movimento para subverter a ordem e a disciplina”) em detrimento de elementos objetivos (incitar e participar), conquanto estes próprios revelem conteúdo pouco determinável.

Avalie-se, por exemplo, o que se deve considerar como participar. É certo que participar se refere a “tomar parte, concorrer”, de modo que a imputação da falta disciplinar não pode ser atribuída indistintamente a todos os integrantes de cela ou ala de estabelecimento prisional em que tenha se verificado ato de indisciplina, sendo imprescindível a individualização do modo como cada agente tenha efetivamente tomado parte em movimento de subversão à ordem e à disciplina.

Noutro plano, afigura-se também flagrante a verificação do conteúdo indeterminado da expressão “movimento para subverter a ordem e a disciplina”, conquanto seja nítida a constatação de que não comportam inserção nesse contexto reclamações, ainda que coletivas, relativamente a direitos violados (v.g., alta de atendimento médico ou de outro direito resguardado na LEP), bem como denúncias quanto a condutas atribuídas a agentes de segurança prisional e à mera reunião de deten-

tos, ambas resguardadas pela ordem constitucional vigente¹⁸⁻¹⁹.

Tampouco se pode reconhecer tipicidade na recusa de sentenciado à alimentação, a tratamento médico e mesmo a ser retirado do estabelecimento prisional, mesmo que para fim de ser inquirido, salvo na hipótese de testemunha²⁰, já que todas essas condutas são reflexos da individualidade.

Ademais, é certo que, embora legítima a causa da reclamação ou da própria reunião entre detentos, o uso de violência, física ou moral, repercutirá, por si só, em ato passível de configuração de falta disciplinar, agora sob a ótica da prática de conduta definida como crime doloso (art. 52 da LEP), especialmente sob o enfoque do desacato e da ameaça.

A mesma situação constata-se quanto à hipótese descrita no art. 50, inciso III, da LEP, visto que, apesar de objetivo o elemento típico da posse, é nítido o caráter indeterminado da expressão “instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem” (BRASIL, 1984).

Isso leva à constatação de que praticamente qualquer objeto, salvo aqueles de substância frágil ou macia, é capaz de ofender a integri-

dade alheia, tal como pode se imaginar, por exemplo, em relação a calçado com sola de madeira, barbeador, vasilhames, televisores etc., apenas para fazer referência aos objetos mais frequentes no cárcere.

Não há dúvida de que o princípio da adequação social não admite o reconhecimento de falta disciplinar em razão da referida posse, já que os regulamentos disciplinares das unidades prisionais são expressos em admitir o ingresso desses e de outros tantos objetos semelhantes no cárcere. Porém, a mencionada linha interpretativa não se limita a essas hipóteses mais singelas, tendo em vista que é possível imaginar que o sentenciado obtenha no cárcere outros tantos objetos, tais como pedaços de vergalhões e ferros de alambrados. Tais objetos, por si só, não servirão à configuração da falta disciplinar, salvo nas hipóteses em que, seja por haverem assumido forma cortante ou perfurante, seja por seu tamanho e peso, for possível aferir que sua destinação transviada seria justamente para ofender a integridade alheia.

Também dispõe o legislador que incorrerá em falta grave o sentenciado que “inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39” da LEP, os quais, respectivamente, correspondem a “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” e “execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas” (BRASIL, 1984).

A descrição normativa da falta em questão tem dois focos: o primeiro, referente ao “dever de obediência ao servidor”, inclusive quanto à “execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”; e o segundo, atinente ao dever de “respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” (BRASIL, 1984). No que diz respeito à primeira hipótese, é imprescindível que sua apreciação observe cada uma das situações previstas pelo legislador, referentes à desobe-

¹⁸ 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: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. [...]

¹⁹ XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (BRASIL, 1988).

²⁰ Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. [...] § 7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer (BRASIL, 1940).

diência e à recusa ao cumprimento de trabalho, tarefa ou ordem atribuída. A desobediência ensejará o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave sempre que a ordem descumprida não seja manifestamente ilegal e que, ao mesmo tempo, disponha de fundamento legal que imponha sua observância pelo recluso (princípio da legalidade).

Nesse contexto, a recusa do preso em indicar seu registro numérico, assim como seu descumprimento da ordem para cortar cabelo ou aparar barba, jamais poderá encetar o reconhecimento de falta disciplinar, pois essas ordens da administração prisional, além de manifestamente ilegais por violação à individualidade constitucional, não obrigam o recluso por falta de amparo legal respectivo.

Quanto à desobediência ao cumprimento de tarefa, ordem e trabalho imposto, é de se ver que o art. 28 da LEP esclarece suficientemente a dualidade da contradição direito versus dever do trabalho prisional, ao assentar que o “o trabalho do condenado, como dever social e condição da dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva” (BRASIL, 1984). Esse preceito revela que, conquanto seja dever social do apenado, a fim de resguardar sua educação – em insólita referência ao já superado propósito de ressocialização²¹ –, o traba-

²¹ Neste sentido, por todos, Alvinho Augusto de Sá adverte: “os termos tratamento, ressocialização, reabilitação (e outros similares), pela forma como vêm sendo usados tradicionalmente, mormente na Criminologia Clínica tradicional, supõem uma relação de poder entre as instâncias de controle formal, entre os técnicos e os presos. Nesta relação, os presos são objetos, os quais se pretende modificar e ajustar às normas e valores sociais (...). Em substituição a esses termos tradicionais relativos ao tratamento penitenciário, Baratta (1990) propõe o termo reintegração social, para designar o objetivo a ser perseguido no trabalho de assistência aos presos e facilitar-lhes o reingresso na sociedade. Entende ele por reintegração social todo um processo de abertura do cárcere para a sociedade e de abertura da sociedade para o cárcere e de tornar o cárcere cada vez menos cárcere, no qual a sociedade tem um compromisso, um papel ativo e fundamental” (SÁ, 2013, p. 168-169).

lho assume a condição de direito subjetivo do recluso.

Na condição de direito subjetivo do apenado, então, o trabalho deve ser assegurado ao preso pelo Estado, mas, em contrapartida, não lhe pode ser exigido ou mesmo atribuída consequência em virtude de eventual recusa do recluso, notadamente porque, conforme o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a recusa do detento à execução de qualquer sorte de trabalho – no que se inclui tarefa ou ordem a ele referente –, não pode ensejar o reconhecimento de falta disciplinar, especialmente de natureza grave, já que eventual recusa é parte da liberdade individual do cidadão assegurada pela ordem constitucional vigente.

Todavia, em relação ao segundo aspecto do preceito normativo (respeito a qualquer pessoa com quem deva se relacionar), ressalte-se que o dever de respeito resvala na verdade em premissa de bom comportamento e boa educação, fundamental à sadia convivência humana.

De um lado, é verdade que a falta de respeito relativamente a agente público no exercício de suas funções – e aqui é amplamente aplicável a prescrição do art. 327 do Código Penal²² – repercutirá na figura típica de desacato²³, a qual ensejará o reconhecimento de falta grave nos moldes do art. 52 da LEP. Por outro lado, na hipótese de a falta de respeito se referir a

²² Código Penal. Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitória ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º – Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade parastatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

²³ Código Penal. Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

outra pessoa com a qual conviva – ou seja, particular que não esteja em exercício de qualquer função pública relativa ao cumprimento da pena –, afigura-se inviável o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave.

A razão é singela: o Direito Penal, por força da teoria do tipo e de seu caráter fragmentário, só se encarrega da tutela jurisdicional de fatos absolutamente especiais e relevantes, de modo que é absolutamente inviável sua invocação para a tutela de ocorrências, por assim dizer, brandas. Nesse contexto e estabelecida a premissa de que a fragmentariedade também se revela incidente em relação às faltas graves da Execução Penal, notadamente em razão de que suas consequências se equiparam às da prática de delitos, veja-se o que prescreve o art. 52 da LEP, não há como se possa admitir a tipicidade quanto à referida conduta, visto que a falta de educação, por si só, é parte da esfera da intimidade do cidadão, assegurada pela ordem constitucional vigente²⁴.

Em outras palavras, se a CF resguarda o direito fundamental do cidadão à intimidade e à vida privada, não há como atribuir exclusivamente à sua falta de educação consequência equivalente à prática de crime, exceto nas hipóteses em que a essa falta de urbanidade repercute na prática de crime (v.g., delito contra a honra).

Cumpre, por fim, acentuar que as hipóteses de fuga (art. 50, inciso II, da LEP), da causação de trabalho (art. 50, inciso IV, da LEP)²⁵, do

²⁴ Constituição Federal. 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: [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

²⁵ Especialmente considerando a redação do art. 2º da Lei nº 6.367, de 1976, de seguinte redação: Art. 2º Acidente do trabalho é aquele que ocorrer pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, ou perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. § 1º Equiparam-se ao acidente do trabalho, para os fins desta lei: I – a doença profissional ou do trabalho, assim entendida a inerente ou peculiar a determinado ramo de atividade e constante de relação organizada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS); II – o acidente que, ligado ao trabalho, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte, ou a perda, ou redução da capacidade para o trabalho; III – o acidente sofrido pelo empregado no local e no horário do trabalho, em consequência de: a) ato de sabotagem ou de terrorismo praticado por terceiros, inclusive companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada com o trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro inclusive companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação ou incêndio; f) outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior. IV – a doença proveniente de contaminação acidental de pessoal de área médica, no exercício de sua atividade; V – o acidente sofrido pelo empregado ainda que fora do local e horário de trabalho: a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) em viagem a serviço da empresa, seja qual for o meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do empregado; d) no percurso da residência para o trabalho ou deste para aquela.

descumprimento das condições do regime aberto (art. 50, inciso V, da LEP)²⁶, da posse de objeto que permita a comunicação com outro preso ou com o meio externo (art. 50, inciso VII, da LEP) e da prática de fato definido como crime doloso (art. 52 da LEP) não demandarão especial exegese limitativa quanto ao incidente de falta, já que quanto a eles a formação do tipo é caracterizada por elementos materiais descritivos que permitem definição mais adequada e completa da hipótese de incidência do poder punitivo.

Caberá, pois, ao Poder Judiciário, na condição de intérprete das prescrições normativas relativa à configuração de falta disciplinar, cuidar de harmonizar descrições típicas marcadas por excessiva amplitude, por algumas ocultações dos elementos objetivos do tipo e por vasta utilização de elementos normativos, de modo a assegurar os direitos fundamentais do cidadão, fazendo-o, no mais das vezes, mediante invocação dos princípios da insignificância e da adequação social, notadamente, quanto ao último, para compatibilizar a norma proibitiva com a ordem constitucional.

Somente assim é possível a compatibilização da legalidade, como dogma constitucional de resguardo ao cidadão, e o julgamento de incidente de falta disciplinar na Execução Penal.

Sobre o autor

Thiago Colnago Cabral é mestrando em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; juiz de Direito em Minas Gerais, Governador Valadares, MG, Brasil.
E-mail: thiagocolnago@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁷

INCIDENT FAULTS AND THE CITIZEN'S WARRANTIES

²⁶ Lei de Execução Penal: Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: I – permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II – sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III – não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV – comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

²⁷ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The study in question is dedicated to appreciate the influence of the theory of criminal type in the processing of serious faults provided for in Brazilian Enforcement Law, especially from the standpoint of the guarantees of the citizen.

KEYWORDS: ENFORCEMENT. FAULTS. CRIMINAL TYPE. WARRANTIES.

Como citar este artigo

(ABNT)

CABRAL, Thiago Colnago. Tipicidade penal e as faltas da lei de execução penal: o incidente de falta grave visto à luz das garantias do cidadão. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 101-119, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p101>.

(APA)

Cabral, Thiago Colnago. (2016). Tipicidade penal e as faltas da lei de execução penal: o incidente de falta grave visto à luz das garantias do cidadão. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 101-119. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p101

Referências

ADRIASOLA, Gabriel. Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*. Buenos aires: Hammurabi, 2004.

AFTALIÓN, Enrique R. Delito, tipicidad y analogía: apuntes para una teoría realista del delito. *La ley: Revista jurídica argentina*, n. 39, 1945.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940.

_____. Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976. Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 21 out. 1976.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, 13 jul. 1984.

_____. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 18 jun. 1986.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência em recurso especial n. 1176486/SP. DJ, 30 set. 2010. *Diário da Justiça eletrônico*, 7 out. 2010.

_____. Senado Federal. *Projeto de lei do Senado nº 00513, de 2013*. Altera a lei de execução penal. 12 maio 2013.

BRITO, Alexis Couto. *Execução penal*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria general del delito*. 4. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico. In: TEMAS de direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CREUS, Carlos. El tipo como forma del pensar jurídico en el derecho penal. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *De Las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 127-140.

DEAN, Fabio. La tipicità nella teoria generale dell'illecito penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 1, p. 133-150, jan./mar. 2006.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão de 1789. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Código penal alemão: tradução, comparação e notas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de dinheiro. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HARBICH, Ricco. Tipo e tipicidade no direito penal alemão. *Ciência penal: doutrina, jurisprudência, legislação*, v. 3, n. 2, p. 43-69, 1976.

HERRERA, Lucio Eduardo. El principio de legalidade y la tipicidade. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *De Las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 281-290.

HUSAK, Douglas N. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008.

LOPES, Luciano Santos. *Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2006.

MAGNA Carta Libertatum. Inglaterra, 15 jun. 1215. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 5. ed. rev. e atual. de acordo com as leis n. 11.464/2007 e 11.466/2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Nueva ed. rev. y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.

MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PIERGALLINI, Carlo. Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 37, n. 2, p. 457-537, abr./jun. 1994.

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. O princípio constitucional da legalidade da intervenção penal e tipicidade penal: algumas questões acerca do Direito Penal secundário. *Revista de estudos criminais*, v. 10, n. 41, p. 103-125, abr./jun. 2011.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUSCONI, Maximiliano A. *Los limites del tipo penal*: un análisis de la tipicidad conglobante. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992.

SÁ, Alvinho Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALIGER, Frank. Limites da interpretação normativa em direito penal. GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenckner. *Princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A construção do tipo penal. *Fascículos de ciências penais*, v. 6, n. 1, p. 115-128, jan./mar. 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch, 2002.

_____. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3.ed. Montevideo: EDISOFER S.L., 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SUDRE, Frédéric et al. *Les Grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRAD, Fabio. O princípio da legalidade e os tipos penais abertos: a insegurança jurídica patrocinada pelo Estado (leitura de uma violação de princípio à luz dos conceitos da teoria geral do direito). In: ESTUDOS de direito público. Campo Grande: Contemplar, 2013, p. 550-563.

UNIÃO SOVIÉTICA. Código penal (1958). *Princípios gerais da legislação penal da URSS e de suas repúblicas*. Rio de Janeiro: Ed. Contemporaneas, 1959.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O princípio *pas de nullité sans grief* e os limites da convalidação no processo disciplinar

SANDRO LÚCIO DEZAN

PAULO AFONSO CAVICHIOLI CARMONA

Resumo: O presente artigo tem por finalidade abordar o conteúdo jurídico do princípio *pas de nullité sans grief* aplicado ao processo administrativo disciplinar brasileiro e as interferências que incidem sobre o sistema de gestão da legalidade, mormente as provocadas pelas medidas de convalidação dos atos administrativos ilegais. Objetiva-se, por meio da análise da essência jurídica (i) do dever de convalidação dos atos administrativos e (ii) de uma implícita noção de pressupostos administrativos processuais, elencar os argumentos que desfavorecem o princípio da instrumentalidade das formas ou do formalismo moderado, comumente representado pelo adágio *pas de nullité sans grief*, para concluir que, mesmo sem prejuízos para as partes processuais, a aferição de “nulidade absoluta” faz concluir, por si só, a existência de ofensa ao processo como instrumento de garantia dos administrados e à estabilidade do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Ato administrativo. Convalidação. Processo disciplinar. Pressupostos. Princípio *pas de nullité sans grief*.

1. Introdução

O princípio do prejuízo, instituto afeto ao direito processual e originário do sistema jurídico francês sob a égide do Código Napoleônico, nasceu do ideal de se dotar a legislação penal-punitiva de todas as garantias para a manutenção da ordem social e da necessidade de firmar o “eficientismo” persecutório do Estado. Todavia, esse fenômeno se deu sem a preocupação com quaisquer direitos dos acusados e, assim, de modo

Recebido em 23/3/16

Aprovado em 6/6/16

inquisitorial-utilitarista, para a gestão de ilegalidades dos procedimentos punitivos estatais (GLOECKNER, 2010). Apesar de também empregado no processo civil, teve sua gênese no âmbito do direito processual penal.

O princípio em comento exprime, sobretudo, normatividade para prescrever que no processo jurídico somente haverá o reconhecimento de nulidade (ou de anulabilidade) se houver, do ato ou da omissão questionados (para o processo administrativo, do ato administrativo produzido de modo irregular, contrário à lei), decorrido prejuízo a uma das partes processuais e, nos casos de ramos processuais de direito punitivo, à defesa do acusado. Aplica-se em toda extensão ao direito sancionador e penal geral do Estado, a exemplo dos direitos processuais penal, sancionador tributário, sancionador fiscal, estendendo-se também ao direito administrativo disciplinar, mediante a constatação de que, dos efeitos jurídicos nocivos do ato administrativo processual questionado, somente se produziu mera irregularidade, concernente à ausência de algum requisito ou pressuposto processual de desenvolvimento regular do processo. Anote-se, por outro lado, que os requisitos de existência do processo não carecem de demonstração do prejuízo, em razão de sua própria natureza jurídica, capaz de invalidar o procedimento com a simples demonstração de sua não materialização.

O Direito Processual brasileiro tem recepcionado o princípio do prejuízo de modo expresso. O Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689/1941, prescreve, no artigo 563, que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (BRASIL, 1941). O antigo Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869/1973, apresentava a literalidade do princípio em seu artigo 244, ao assinalar que “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (BRASIL, 1973). O novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105/2015, também, de modo expresso, assentou a normatividade do princípio *pas de nullité sans grief* (princípio da instrumentalidade das formas ou do formalismo moderado), ao enunciar em seu artigo 277 que, “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (BRASIL, 2015). Trata-se, então, de se voltar a atenção não aos efeitos jurídicos dos atos processuais, mas sim às finalidades alcançadas, mesmo por efeitos jurídicos diversos, inesperados, imprevisíveis ou colaterais dos atos questionados.

A legislação afeta aos processos civil e penal é eloquente no reconhecimento do princípio, e o próprio Código de Processo Civil vigente, Lei nº 13.105/2015, estende a normatividade do princípio ao processo administrativo, conforme a prescrição do art. 15, que estipula que, “na

ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL, 2015). Não houve referência expressa ao processo administrativo disciplinar, mas, pelo fato de este ser espécie do gênero processo administrativo, é alcançado pela norma em comento, sem embargo de seu lastro se encontrar também no âmbito do direito processual penal, como expressão de ramo processual punitivo de *ultima ratio* do Estado sancionador. Esse é o entendimento da doutrina e da jurisprudência brasileira.

À vista desse arcabouço de textos legais, a doutrina brasileira que estuda a teoria geral do processo é uníssona em concluir que “as formas só devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade: conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2008, p. 20).

Por essa óptica, para o acusado, a alegação de nulidade de determinado ato processual praticado pela parte-autora deve vir seguido de demonstração do prejuízo experimentado – *pas de nullité sans grief* (“não há nulidade sem prejuízo”) –, pois, se não há a demonstração de *grave e relevante* violação de interesses processuais da parte ré, não se tratará de nulidade absoluta do ato administrativo componente do processo, mas sim de infringência a mero requisito-pressuposto processual de desenvolvimento regular do processo administrativo disciplinar, sanável pelo seu próprio curso legal. Por força do princípio *pas de nullité sans grief*, a convalidação automática, sem qualquer ação da Administração, impõe-se para esses casos, como espécie de mera preclusão temporal, por omissão da parte processual interessada, ou por irrelevância ou ausência dos prejuízos

processuais experimentados pela parte interessada (ANTUNES, 2013, p. 232).

Em razão do exposto, o presente estudo busca abordar o conteúdo jurídico do princípio *pas de nullité sans grief*, sob a sua roupagem do formalismo moderado do processo administrativo disciplinar, para confrontá-lo em seguida com os limites do dever de convalidação dos atos administrativos processuais e demonstrar os limites desse dever, o que podemos denominar de *dever temperado de convalidação*.

2. O conteúdo jurídico do formalismo moderado no processo administrativo

Na doutrina administrativista, a preservação dos atos administrativos que, na essência, mantenham as suas finalidades é assente (ANTUNES, 2013, p. 232). No entanto, tal como tem sido aplicado nos processos administrativos, esse instituto dota-se de carga axiológica que visa à finalização do procedimento disciplinar a qualquer custo, em uma espécie de questão de política punitiva estatal que não atenta para a preservação de direitos e garantias fundamentais do agente público que figura como parte ré do processo punitivo. Despreza-se a *instrumentalidade constitucional do processo jurídico punitivo* (GLOECKNER, 2010), esquecendo-se de que o *devido processo legal*, em sua acepção *substantiva* (AGABIN, 1986; CASTRO, 2010a, 2010b; PEREIRA, 2005; RODRIGUEZ, 2013; EBERLE, 1987), apresenta-se como essência jurídico-sancionadora a complementar a noção de democracia e de Estado Democrático de Direito. As causas geradoras de nulidade em razão da teoria geral do ato administrativo ou decorrentes de previsão legal prescindem da demonstração do prejuízo, ante a conside-

ração de nulidade absoluta e a presunção de prejuízo à defesa do acusado.

A jurisprudência tem estendido o princípio do prejuízo também para as nulidades absolutas, previstas em lei, deferindo a necessidade de o acusado demonstrar a ocorrência do prejuízo em razão do cometimento de nulidade absoluta pela Administração. Verifica-se, por parte dos órgãos jurisdicionais, uma modulação específica dos efeitos das nulidades materiais dos atos administrativos, quando esses passam a compor etapas de procedimentos disciplinares, deferindo-se o caráter “nulificador” do ato dentro do processo somente diante do concreto prejuízo para a defesa.

Sem embargo do entendimento clássico de a presunção de nulidade absoluta ser inferida da própria lei e declarar-se de pleno direito sem qualquer demonstração de prejuízo, os atuais julgados dos Tribunais Superiores têm entendido imperiosa para a admissibilidade dessa nulidade, *juris et de jure*, a demonstração do prejuízo, com vista à observância dos princípios da economia processual, da celeridade processual e da razoável duração do processo, imprimindo, (i) *para as nulidades relativas*, o dever de demonstração do prejuízo defensivo pela própria defesa, e, (ii) *para as nulidades absolutas*, a inversão do ônus da prova, com o dever de demonstração de ausência de prejuízo à defesa, o que também se aplica aos processos administrativos, inclusive os disciplinares¹.

Entretanto, a nosso sentir, as normas que definem no Direito brasileiro o princípio da instrumentalidade das formas ou do formalismo moderado somente se referem – mal-

grado isso se inferir, de modo implícito, de omissão eloquente do legislador – às nulidades relativas, e não às nulidades absolutas. Tal concepção se impõe com base na premissa do direito processual como instrumento de concretização de regras, princípios e valores da ordem normativa como um todo e, especialmente, do Direito Constitucional como garantia de óbices ao arbítrio estatal. Com efeito, os vícios quanto à forma dos atos processuais (incluindo-se a omissão de fases processuais ou a inversão cronológica tumultuosa), que, à primeira vista, poderiam ser considerados meras irregularidades com *status* de nulidades relativas, devem ser, sob uma nova óptica, considerados ofensivos a direitos constitucionais fundamentais da parte processual. Assim, para esses casos, há de se constatar vício processual à vista de verdadeira nulidade absoluta, cuja presunção de prejuízo é *juris et de jure*: de pleno direito, independentemente de demonstração do prejuízo.

No direito administrativo e, assim, no processo administrativo disciplinar, a *tipicidade do ato administrativo* como um de seus atributos (DI PIETRO, 1999) erige a forma dos atos administrativos processuais – a par também de elemento do ato e desde que associada ao seu conteúdo de viés preservador de direitos e garantias constitucionais fundamentais ou da ordem normativa em geral – a verdadeiro princípio informativo das nulidades nesse ramo do Direito, o que permite falar-se em *princípio da tipicidade das formas processuais administrativas disciplinares*. Anote-se que não somente os direitos e garantias constitucionais devem ser preservados, mas todo e qualquer direito e garantia estipulados pelo ordenamento jurídico e, a depender da gravidade da violação, os desrespeitos aos seus conteúdos ainda devem ser revestidos do *status* de nulidade absoluta (GLOECKNER, 2010, p. 243).

¹Nesse sentido, em questão criminal, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “o Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em Processo Penal – *pas de nullité sans grief* – é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta” (BRASIL, 2005; 2006).

Os atos inexistentes, assim como os atos eivados de nulidade absoluta, ou de nulidade relativa, ou ainda de mera irregularidade (BADARÓ, 2008), no direito administrativo material, devem ser inseridos, com os seus efeitos ou ausência de efeitos jurídicos, no ambiente administrativo processual e, à luz da teoria geral do ato administrativo e da teoria geral do processo, devem ser extraídas as consequências prejudiciais aos direitos constitucionais e legais do acusado, sob a lente de ser o sistema de persecução sancionadora um vértice de garantias à aplicação direta da pena sem processo, refletindo a essência do princípio do devido processo legal substancial e garantidor de direitos fundamentais.

Sob a óptica da juridicidade (atuação conforme a *lei* e o *Direito*), a Administração Pública dedica-se à aplicação das teorias *geral do ato administrativo* e *geral do processo* ao amparo dos elementos e pressupostos materiais dos atos administrativos e processuais de existência e de validade. Desse modo, afasta-se, no exercício da decisão administrativa, de umas das facetas opostas ao princípio da instrumentalidade das formas: a vertente de “não declaração de nulidade sem *previsão legal*”, noção decorrente do positivismo jurídico e do dogma da completude da ordem jurídica (BOBBIO, 2006; 2014). Nesse caso, o prejuízo já se encontra previamente demonstrado, *juris et de jure*, não por força da análise do intérprete e aplicador do Direito, mas sim por obra do legislador, ou seja, o *princípio da taxatividade estrita das nulidades* ou “*pas de nullité sans texte*” (GLOECKNER, 2010).

Nesse contexto, o princípio *pas de nullité sans grief* (princípio da instrumentalidade das formas, do formalismo moderado ou da transcendência) e toda a legislação nacional que o acolhe cedem espaço ao *princípio da tipicidade das formas processuais*, alinhavadas à necessidade de tutela de direitos e garantias constitucionais e legais dos acusados em geral (ABRÃO; RIEGER, 2010), pois “nenhum defeito pode ser considerado sanável ou insanável sem uma análise concreta e à luz da principiologia constitucional” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 386), incidindo, inclusive, o princípio do *in dubio pro reo*, para se proceder à anulação do ato questionado em caso de dúvida quanto ao fato de o defeito do ato processual tocar ou não princípios constitucionais e legais de tutela do acusado.

3. Pas de nullité sans grief e o dever de convalidação dos atos administrativos processuais

O dever de a Administração Pública convalidar os atos sanáveis, cujos defeitos compreendem um conceito de anulabilidade, decorre, no

direito material administrativo, de construção doutrinária pautada na necessidade de busca do interesse público. Em âmbito de processo administrativo e de processo disciplinar, o dever de convalidação decorre do plexo de normatividade do princípio *pas de nullité sans grief*, assim também representado no caso brasileiro pela lei que regula os processos administrativos federais (Lei nº 9.784/99).

É possível perceber dois ambientes distintos, porém mutuamente relacionados a comporem uma espécie de regime da gestão dos efeitos jurídicos dos atos administrativos. O primeiro, para os atos administrativos editados de forma isolada, assim entendidos os atos não componentes ou originários de processos administrativos em contraditório. O segundo, para os atos administrativos processuais, componentes ou originários de processos administrativos em contraditório.

De plano, fazem-se necessárias duas inquirições iniciais:

(1) *Quanto à intensidade do defeito do ato*: essa atividade corretiva da Administração é incidente somente nos atos anuláveis ou se estende também aos atos nulos e atos inexistentes?

(2) *Quanto à situação da parte processual acusada*: esse *dever* de manutenção se refere a todo e qualquer ato administrativo processual, ou somente aos que sejam, com a convalidação, benéficos ao (ou não prejudiquem o) agente público acusado?

Corolário do princípio *pas de nullité sans grief*, a *convalidação*, por essa óptica de normatividade reflexa, assim também se apresenta como princípio a informar o processo da Administração Pública e determina que, nos procedimentos administrativos disciplinares, os atos administrativos sanáveis, assim considerados os eivados de vícios meramente anuláveis por irregularidades tênues, devem ser validados pela Administração Pública e mantidos os seus efeitos processuais objetivados inicialmente, que deveriam ser exarados pelo ato próprio. Defende-se a convalidação para a observância dos princípios da eficiência e da celeridade processual.

Anote-se, todavia, que a convalidação do ato administrativo somente se pode operar antes de impugnação por parte do administrado. Se o ato era na essência convalidável e a Administração não procedeu à sua sanatória no momento oportuno, fica impedida de assim proceder após a manifestação formal do administrado (MELLO, 1997).

Desse modo, se o servidor acusado em processo administrativo disciplinar pleitear a nulidade, com demonstração de prejuízo, de ato convalidável que a Administração deixou de convalidar em momento oportuno no processo, ela deve efetivar a anulação, e não a convalidação do ato, pois esta última medida somente seria legítima caso fosse

levada a efeito antes de qualquer questionamento de invalidade formulado pelo acusado. O ato é convalidável enquanto o administrado não alegue a sua invalidade; no caso do direi-to administrativo sancionador, o acusado ou processado.

De todo o exposto, a *convalidação* do ato administrativo configura a correção por meio de edição de novo ato unilateral da Administração Pública, que mantenha o ato questionado, dando-lhe nova roupagem, por meio de manifestação fundamentada da vontade administrativa que lhe reconheça os efeitos. Todavia, como visto, deve ser concretizada antes da impugnação do ato pelo destinatário. Incide sobre o defeito contido em ato anulável, o que consubstancia a sua possibilidade em casos de aferição de nulidades relativas e, portanto, sanáveis, por intermédio da prática de um novo ato, também administrativo, tendo como premissa a *inexistência de incidência de prejuízos (i)* à própria Administração e *(ii)* ao interesse público, bem como *(iii)* a terceiros de boa-fé. Esse instituto pode ser levado à prática pela mesma autoridade que tenha editado o primeiro ato; daí receber a denominação de *ratificação*. Se convalidado por outra autoridade, receberá a denominação de *confirmação*.

Assim, por meio da mesma autoridade e antes da ocorrência de impugnação pelo particular atingido pelo ato anulável, a Administração está legitimada a ratificar o ato sanável, produzindo novo ato isento de eiva. Essa medida de correção administrativa pode ser tomada também, a depender da legislação aplicável, por outra autoridade, desde que provida de atribuição legal, que confirme o ato anulável por meio da edição de novo ato nesse sentido, com efeitos retroativos.

Para Mello (1997, p. 405), “a convalidação é o suprimento de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato

da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado”.

Por sua vez, Carvalho Filho (2004, p. 144) esclarece que “a *convalidação*, também denominada por alguns autores *aperfeiçoamento* ou *sanatória*, é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte”. Isso somente é aceitável segundo a doutrina dualista, que compreende a possibilidade de existência de atos nulos e atos anuláveis, como espécies distintas de vícios dos atos administrativos.

O tema é tratado pela legislação brasileira, em âmbito federal, pela Lei nº 9.784/99, cujo art. 55 prescreve que, “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Observe-se que a lei não fala em “prejuízo à parte acusada no processo”, limitando-se somente a referir-se aos prejuízos *(i)* à Administração Pública, ao mencionar a expressão “lesão ao interesse público”, e *(ii)* a particulares alheios ao processo, ao mencionar a expressão “nem prejuízo a terceiros”. Por um equívoco de redação, a lei deixa implícito o dever de convalidação mesmo para os casos em que, por meio da convalidação, advenha prejuízo à parte acusada no processo.

Assim nos parece, a menos que se entenda que, na primeira situação, a que não admite a convalidação para os casos de “lesão ao interesse público”, a categoria “interesse público” abarque também o prejuízo ao acusado. Ao se considerar de interesse público o “dever de não lesão” (*neminem laedere*) ao acusado (ANTUNES, 2013) – dever esse atribuído ao Estado e defendido, de um modo genérico e contextual, pelos teóricos contratualistas dos séculos XVI a XVIII (HOBBS, 2006; LOCKE,

2004; ROUSSEAU, 2008) –, mesmo nos casos de atos administrativos processuais eivados de nulidades relativas, a convalidação dos atos anuláveis fica impedida, caso se demonstre prejuízo à parte processual no expediente administrativo disciplinar.

Dessa forma, não se legitima a convalidação incidente sobre ato administrativo processual que tenha provocado prejuízo à parte processual, pois, concluída a medida sanatória, os prejuízos – e seus efeitos danosos – se perpetuariam, permeando os demais atos processuais decorrentes do ato convalidado. Essa é uma face de aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, devendo ser decretada a nulidade do ato convalidável, em face do prejuízo demonstrado. Anote-se, por outro giro, que, a nosso sentir, o “princípio da não lesão administrativa” dá azo ao princípio da eficiência e, do mesmo modo, ao *princípio da continuidade do serviço público*. Sobre este último princípio, conferir Goffi e Scartezzini (2006).

Por outra óptica, Di Pietro (1999, p. 228), ao analisar o art. 55 da Lei nº 9.784/99, afirma que o ato de convalidação não é um dever administrativo, mas sim uma faculdade da Administração pública, figurando assim a medida sanatória como ato administrativo discricionário, porém de ação limitada à premissa de *não lesão*, “somente possível quando os atos inválidos não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros; em caso contrário, tem-se que entender que a Administração está obrigada a anular o ato, ao invés de convalidá-lo”. A autora também não fez menção ao fato de a lei omitir os “prejuízos à parte processual” distinta da Administração Pública. Todavia, a partir da 13ª edição de sua obra, mudou de posicionamento, passando a considerar a obrigatoriedade de convalidação dos atos dotados de nulidades relativas, acompanhando o posicionamento de Zancaner (2001), para quem,

apenas em um caso, o ato com nulidade relativa pode ser anulado ou convalidado a critério discricionário da autoridade competente: o *ato discricionário praticado por autoridade incompetente*. Nesse caso, afigura-se sanável a incompetência da autoridade que praticou o ato, cuja essência discricionária permite à real autoridade apta à prática do ato editar novo ato que mantenha os efeitos do ato anterior, operando-se a convalidação, ou, ao seu juízo, anulá-lo, por considerá-lo contrário ao interesse público. Diferentemente, para o caso de *ato vinculado praticado por autoridade incompetente*, quando presentes os demais requisitos legais para a prática do ato, somente cabe a convalidação pela real autoridade apta para a prática do ato. Nas palavras de Di Pietro (2003, p. 232) ao mudar seu posicionamento quanto ao dever de convalidação: “se estiverem presentes os requisitos para a prática do ato, a convalidação é obrigatória, para dar validade aos efeitos já produzidos; se os requisitos legais não estiverem presentes, ela deverá necessariamente anular o ato”.

Araújo (1999, p. 134) aponta para a existência fática de um dever, mas não um *dever de convalidar*, e sim um *dever de recomposição da legalidade ofendida, da legalidade ferida*, e essa recomposição da ordem normativa se realiza tanto por meio da convalidação, quanto por meio da anulação do ato administrativo, cabendo somente à Administração, por exercício de um juízo de valoração ao amparo do caso concreto, escolher entre uma ou outra medida. A convalidação compreende, assim, providência discricionária da Administração Pública, “voltada à melhor solução para o Direito, com vista ao cumprimento do fim específico de interesse público do ato em revisão, pois o fim especial do novo ato é o resguardo da ordem jurídica” (ARAÚJO, 1999, p. 135). Nesse ponto, acreditamos que a melhor solução para os

casos de discricionariedade – se assim se considerar a faculdade de convalidação – seria a produção do “ato ótimo”, que, na essência, seria uma única possível decisão, a melhor decisão, impositiva, dessarte, à Administração Pública (MELLO, 2000; DWORKIN, 2010a, 2012).

Em que pese às teses acima esposadas e ao fato de a lei fazer menção à expressão “poderão ser convalidados”, entendemos tratar-se de um dever de sanatória do ato, haja vista –, em atenção ao sistema jurídico que, sob vários aspectos e por meio de diversas outras normas, visa sempre ao interesse público como um todo – não se estar diante propriamente de uma faculdade, mas sim de *vinculação*. A medida administrativa se faz, por isso, obrigatória, pois hão de se considerar os princípios da segurança jurídica, da economia processual, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público, regentes de todo agir e omitir do Estado.

Da mesma forma, embora a lei fale na “possibilidade” de saneamento do ato somente quando, com a convalidação, não se evidenciar lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros, é imprescindível ponderar que, no caso dessas ocorrências, não se estará diante de ato anterior convalidável, mas sim absolutamente nulo quanto ao objeto ou conteúdo. Isso ocorre em razão de a carga de efeitos jurídicos de qualquer ato administrativo válido ser ditada por lei, de modo a impedir qualquer lesão aos particulares ou ao próprio interesse coletivo, sem previsão literal no direito positivo, compreendendo, destarte, o dever de não lesão – *neminem laedere* ou *alterum non laedere* – que rege o Estado. Ou seja: só poderá haver lesão a terceiros se a lei assim expressamente estipular e tendo em mira um interesse maior e qualificado na esfera do interesse público. Essas razões são aplicáveis também aos casos de lesão ou prejuízo à parte processual (no caso do processo disciplinar, o agente público acusado de infração administrativa), uma vez que o *princípio da não lesão estatal* – *neminem laedere* ou *alterum non laedere* – está contido no conceito de interesse público e é amplo o bastante para alcançar a tutela de direitos e garantias da parte administrativa processual.

No caso, o ato anulável, sanável enquanto não convalidado ou anulado, estará produzindo efeitos válidos e, se evidenciada a ausência de lesão ao interesse público e a terceiros, não restará margem à faculdade; deve-se, pois, convalidá-lo por ser do interesse público, tendo em vista ser mais dispendioso invalidá-lo e reeditar novo ato para o alcance da finalidade pública já atendida. Eis uma faceta da aplicação do princípio da eficiência. Dessarte, o dispositivo legal mencionado não deve ser entendido como faculdade-poder, mas sim como dever-poder de restauração da legalidade.

Na doutrina, é uníssono o entendimento de que os vícios quanto à competência delegável e à forma são convalidáveis, ao passo que os

vícios quanto à finalidade, ao motivo e ao objeto do ato administrativo não são passíveis de transposição. O ato não convalidável, nesses moldes, deve ser anulado pela Administração ou pelo Poder Judiciário – este último, caso provocado. A lei federal que impõe a convalidação (Lei nº 9.784/99), embora ainda omissa em alguns aspectos relevantes, veio facilitar o trabalho de aplicação do direito, ao integrar o sistema processual administrativo e, de modo subsidiário, empregar-se nas omissões da Lei nº 8.112/90 e dos demais diplomas federais específicos, a exemplo de sua também aplicação nos hiatos normativos da Lei nº 4.878/65, estatuto dos servidores policiais federais.

Com efeito, à vista do caso concreto, a Administração deverá, obrigatoriamente, ou convalidar, ou declarar a nulidade do ato administrativo. Esse proceder, todavia, não se compreende como discricionariedade para os casos em que é cabível a convalidação (MELLO, 1997, p. 301). Conclui-se não se tratar de opção livre entre uma ou outra medida, uma vez que a convalidação é juridicamente preferível à anulação, na medida em que se ampara em outras normas do sistema e, sem embargo, reconhece normatividade nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Assim, afluem mais razões jurídicas à convalidação do que à invalidação, quando os pressupostos daquela se fizerem presentes. Apenas em uma única hipótese poderia haver discricionariedade administrativa para convalidar ou anular: nos casos de vícios de competência cujo conteúdo seja discricionário, e o ato, caso se decida pela manutenção, ainda possa ser validamente produzido (MELLO, 2000, p. 407-408).

Com efeito, a regra admite exceção no que tange à discricionariedade em convalidar ato praticado por funcionário de fato (vício quanto à competência do sujeito – sanável), quando esse ato praticado com vício for discricionário do sujeito competente. Nesse ponto, como aduz Zancaner (2001, p. 47), cabe ao agente realmente competente para a prática original do ato a análise sobre a necessidade de convalidação ou de invalidação do ato praticado pelo funcionário de fato. Na convalidação, mantém-se o ato e os seus efeitos, à vista da finalidade alcançada, editando-se novo ato com o propósito de reconhecer justamente os propósitos alcançados pelo ato questionado, ao passo que, na invalidação, retiram-se os efeitos jurídicos do ato eivado de vício. Ainda no sentido do dever de convalidação a refutar a discricionariedade da medida pela Administração, Zancaner (2001, p. 47) assinala que “só poderia haver possibilidade de opção discricionária, como pretende parte da doutrina, caso houvesse norma jurídica que concedesse à Administração Pública possibilidade de agir com discricionariedade”.

O art. 55 da Lei nº 9.784/99 não trouxe ao ordenamento jurídico uma faculdade, mas sim uma obrigação de restaurar a legalidade, a

qual deve estar adstrita à Administração, por força do art. 37, *caput*, de nossa Constituição Federal. Por outro lado, presentes os requisitos do art. 55 da Lei nº 9.784/99, ou seja, trate-se de ato com defeito, porém defeito factível de sanatória pela convalidação (convalidação impositiva, como referido), fica obstada a sua revogação por motivos de oportunidade e conveniência – proibição de revogação do ato anulável –, nos termos do enunciado da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (BRASIL, 1969).

A revogação somente incide sobre ato válido, sem qualquer ilegalidade, mesmo que se trate de ilegalidade ínfima. Para esses casos, impõe-se a convalidação, desde que dela não advenham prejuízos à Administração, a terceiros e à parte acusada no processo administrativo.

Cumpre ressaltar, ainda, que a discricionariedade está na faculdade de revogar ou não o ato válido, mas nunca, diante de um ato anulável, de invalidá-lo, se verificada a ausência de ofensa a interesse público e a direito de terceiro, ressalvada, em todo caso, a possibilidade de invalidação pelo judiciário, por motivo de ofensa ao ordenamento. Assim, tem-se para a Administração Pública a vinculação, nos atos de convalidar ou anular outro ato produtor de efeitos jurídicos, o atendimento ou não dos ditames do art. 55 da Lei nº 9.784/99.

Portanto, para os defensores do princípio *pas de nullité sans grief*, em analogia ao direito penal (instituto de integração da norma permitida em direito administrativo), deve-se le-

var em consideração – sem embargo do já citado princípio da instrumentalidade das formas – o princípio da insignificância ou do prejuízo, segundo o qual os atos com pequenos vícios em nada prejudicam a legalidade, a ampla defesa, o contraditório, a gestão administrativa; enfim, em nada alteram, materialmente ou juridicamente, o resultado a ser alcançado. Não devem, pois, ser merecedores da atenção da Administração, que ao anulá-los acabaria apenas por produzir atos meramente substitutivos, improdutivos de vantagens práticas. Assim deve ocorrer desde que a análise incida sobre atos anuláveis, não atos nulos, e que da convalidação, ou seja, da manutenção do ato e de seus efeitos jurídicos não advenham prejuízos ao interesse público e a terceiros interessados, e, principalmente e essencialmente, à parte processual acusada no processo sancionador estatal.

Quando houver prejuízo, o ato deve ser anulado e, se ainda possível, feito sob os ditames da lei de regência. Com isso respondemos à indagação relativa à (1) *intensidade do defeito do ato*: se a atividade corretiva da Administração é incidente somente sobre os atos anuláveis, ou se se estende também aos atos nulos e aos atos inexistentes; e ainda à indagação relativa (2) *à situação da parte processual acusada*: se o dever de manutenção se refere a todo e qualquer ato administrativo processual, ou somente aos que sejam, com a convalidação, benéficos ao agente público acusado (ou não o prejudiquem).

Não havendo prejuízos, a invalidação de atos de essência convalidável, com fundamento no simples e cômodo “anular” e, em muitos casos, sem a devida motivação, ao provocar a renovação do procedimento em detrimento da economia processual, é, ao menos, (i) descaso administrativo e (ii) desrespeito ao princípio básico da eficiência, contido no *caput* do

art. 37 da Constituição Federal brasileira de 1988. Após o advento da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal e apresenta, em seu art. 55, o “dever de convalidação” dos atos do processo administrativo, também constitui (iii) desrespeito ao princípio da legalidade (também estatuído no *caput* do art. 37 do texto constitucional), viga sustentadora de todo o regime jurídico-administrativo, passível, inclusive, de sanção na seara cível, penal e administrativa.

A insignificância dos efeitos jurídicos dos vícios (ressalte-se, por oportuno, que não se está a comentar acerca do princípio da bagatela, aplicável à insignificância dos danos materiais) contidos nos atos meramente irregulares ou convalidáveis, anuláveis, composta (*i.a*) pela demonstração de ausência de prejuízos e (*i.b*) pelo alcance da finalidade pretendida pelo ato que deveria ser praticado (ato típico ou correto, ao amparo da lei), é óbice à invalidação. Isso se deve à inexistência de qualquer prejuízo ao interesse público e às partes envolvidas em processo administrativo disciplinar. Tais vícios em nada interferem no direito constitucionalmente garantido à ampla defesa ou à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência da Administração Pública nas apurações em processo legal – não afetam o devido processo legal administrativo disciplinar. Se atos ferirem esses princípios, não teremos produções irregulares, mas nulas, ou até mesmo inexistentes e merecedoras da autotutela administrativa.

Por outro lado, diante da omissão de demonstração de ausência de prejuízos (não pela parte acusada, mas sim pela Administração Pública responsável pelo processo – com nítida inversão do ônus da prova desses fatos) e havendo dúvida sobre o alcance das finalidades do ato produzido com eiva, há de se deliberar pela anulação do ato processual ques-

tionado. Assim, faz-se necessário harmonizar as produções administrativas com o regime jurídico-processual e, conseqüentemente, com o sistema jurídico-constitucional, a fim de afastar as produções equivocadas e desnecessárias, o que podemos denominar *dever temperado de convalidação*, para os atos administrativos processuais disciplinares.

Foi por esse motivo que a Constituição da República se preocupou com a finalidade que deve ser alcançada pela Administração, instituindo um capítulo especialmente destinado à Administração Pública e a seus agentes, para, com princípios basilares, ser o ápice do sistema infraconstitucional pertinente à matéria, orientador de toda manifestação de vontade das entidades que compõem a Administração direta e indireta, em todas as esferas de governo – federal, estadual e municipal.

Esses princípios constitucionais são reflexos de construções doutrinárias provenientes das categorias que Paulo de Barros Carvalho tachou de *sobreprincípio*, e Celso Antônio Bandeira de Mello considerou axioma originário de todos os demais princípios do direito administrativo – a indisponibilidade do interesse público.

Em obediência a essa indisponibilidade do interesse público e para a sua garantia, a Administração tem o dever de restaurar o princípio da legalidade toda vez que o ferir. Isto se opera pela autotutela – na modalidade de anulação – ou pela convalidação de seus próprios atos. A convalidação das produções formais administrativas, apesar de não ser praticada na esfera pública², é defendida em inúmeros

² Existe uma exceção a essa regra, geralmente praticada pela comissão disciplinar, pelo órgão encarregado de emitir parecer e pela autoridade competente para o julgamento: a convalidação do vício, quanto à inobservância do prazo mínimo de três dias úteis para a realização do evento, contido nas notificações, intimações e citações quando o acusado ou indiciado comparece à audiência por espontânea vontade, ou para arguir o vício. Tal hipótese de con-

estudos, a exemplo de Zancaner (2001), que busca demonstrar que caiu por terra a antiga e tradicional classificação, *quanto à validade*, em atos válidos, inválidos (nulos) e inexistentes. Seria, então, adotada no direito pátrio administrativista – agora por força do art. 55 da Lei nº 9.784/99 – a teoria dualista (atos nulos e atos anuláveis), cisão da teoria das nulidades oriunda do Direito Civil.

A doutrina majoritária (CRETELLA JÚNIOR, 1961; MELLO, 1997), entretanto, transpõe para o Direito Administrativo a classificação oriunda do Direito Civil: mantém a subdivisão apresentada por Mello quanto à validade dos atos jurídicos, assimilando a partição dos atos jurídicos administrativos em atos *válidos*, *nulos*, *anuláveis* e *inexistentes*. Apon-ta três espécies de defeitos dos atos administrativos, portanto. Em que pese posição em sentido contrário (FAGUNDES, 1979), ressaltamos, com fundamento em Hauriou (1945), que essa classificação de atos administrativos quanto ao seu grau de validade é proveniente do direito privado e, após a sua transposição, adaptação e modulação, constitui teoria plenamente aplicável ao direito administrativo.

A classificação acima – há muito defendida em favor da persecução da verdade real incidente no direito processual administrativo sancionador –, sem embargo de sua origem no direito privado, nada mais é que a base da teoria das nulidades no processo penal (que também se pauta na busca da verdade material) aplicada ao processo administrativo disciplinar, pois todos os seus princípios processuais (de direito processual penal) vão ao encontro da finalidade perquirida pela Administração ao desenvolver o processo apuratório.

Essa deve ser a classificação adotada pela Administração, não só por atender completamente a todos os princípios supracitados, mas também por obrigação legal com o advento da Lei nº 9.784/99. Essa Lei, exorbitante e subsidiária da legislação preexistente, traz no capítulo XIV, sob o título “Da Anulação, revogação e convalidação”, o dever de convalidação dos atos administrativos quando, pautados pelo interesse público, forem sanáveis e sua sanatória não vier a prejudicar terceiros.

4. Considerações finais

A opção de convalidação ou de anulação de atos administrativos é componente essencial do processo jurídico administrativo e, assim, do ato de decisão administrativa. As decisões administrativas devem

validação, há muito praticada pela Administração, agora constitui obrigação legal contida no art. 26, VI, § 5º, da Lei nº 9.784/99.

ser resultado do equilíbrio entre o “livre decidir” e o “dever de vinculação cega à lei”; não devem, pois, quedar adstritas ao positivismo jurídico e ao seu “passivismo formalista”, expressão utilizada por Cruz (2008, p. 209), tampouco ao “decisionismo ativista”, fonte de insegurança jurídica. Esse equilíbrio pode ser denominado *dever temperado de convalidação*. O intérprete-aplicador do Direito deve-se conduzir pelo juízo de justificação firmado *prima facie* pelo legislador na formulação do texto de lei, em que já se encontram sopesados os valores e os interesses morais, assim como os valores pragmáticos e ético-políticos. Com base nesse juízo, empenha-se em concretizar a aplicação da lei ao caso concreto (CRUZ, 2008). Os argumentos de justificação formulados originariamente pelo legislador devem ser considerados premissa à decisão que, como juízo de aplicação da lei, fica adstrita à essência valorativa firmada *prima facie* no momento da concepção da lei, sem se afastar da formulação de argumentos novos, porém harmônicos com os que já se encontram valorados pelo texto normativo. Assim, há de haver a possibilidade de declaração de vícios do processo com base em nulidades vinculativas, previamente descritas em lei (nulidades absolutas), e nulidades não vinculativas, em razão da constatação de meras irregularidades processuais (nulidades relativas), que não provoquem prejuízos a qualquer das partes. Trata-se de um sistema misto de declaração de nulidades processuais, que leva em consideração os juízos de justificação e de aplicação do texto de lei (HABERMAS, 2003; GÜNTHER, 2004; CRUZ, 2008). Denominamos essas duas espécies de juízos de argumentação aspectos *intrínseco* e *extrínseco* do texto normativo, na qualidade de direito-texto.

De todo o exposto, defeitos sanáveis são os vícios dos atos administrativos processuais

que comportam convalidação, em razão de alcançarem a finalidade do ato que deveria ser originariamente produzido, apesar de terem sido produzidos, de um ou de outro modo, sem observância dos pressupostos de legalidade. Assim, para a Administração Pública, a *forma* é mero instrumento para a persecução do interesse público, e não um fim em si mesmo.

Apesar de a forma não ser um fim em si mesmo, há de se considerar que a finalidade de certos atos administrativos comporta dois aspectos, que podemos denominar *extrínseco* e *intrínseco*, para concretizar a finalidade pretendida pelo ato à luz do processo, como algo em movimento e dinâmico (aspecto *extrínseco*), e outra finalidade estática, já posicionada para determinados fins por meio de uma forma rígida, por obra do legislador (aspecto *intrínseco*). Queremos aqui esclarecer que a lei apresenta uma finalidade *intrínseca* a ser efetivada pelo processo e pela função processual dos atos administrativos expressivos de determinados pressupostos processuais: os pressupostos de existência e os pressupostos de validade do processo administrativo disciplinar. Nesse viés, o dever de convalidação, amplamente estudado para os atos administrativos materiais, não se emprega sob o suporte dessa teoria material das nulidades administrativas, mas sim depende, como um *plus* à teoria material, da teoria das nulidades do processo disciplinar.

Por outro giro, os direitos e garantias constitucionais e legais fundamentais da parte ré (em processo punitivo em geral e no processo disciplinar) encontram-se no âmago do conceito de interesse público a ser concretizado pela Administração, como um dos escopos do processo administrativo. Há de se ter como premissa que o processo administrativo não compreende instrumento unilateral, tributário da satisfação dos interesses investigativos e pu-

nitivos da parte autora. Compreende bilateralidade, para, de modo dialético, atender à ordem normativa, materializando a apuração de ilícitos sem prescindir dos direitos e garantias de defesa – realização do interesse público, pelas vias do devido processo legal. Nesse contexto, ao se vislumbrar o conflito entre o interesse público e os direitos fundamentais do acusado, há de se considerar prevalente os direitos da parte ré, e isso se dá também no âmbito do processo administrativo disciplinar, a se inferir da “teoria da posição prevalente”, consoante assinala Martel (2005).

Sobre os autores

Sandro Lúcio Dezan é doutorando em Direitos e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pelas Faculdades Integradas de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil; professor visitante do mestrado em Ciências Policiais do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI), Lisboa, Portugal; delegado de Polícia Federal.
E-mail: sandro.dezan@gmail.com

Paulo Afonso Cavichioli Carmona é doutor e mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), Brasília, DF, Brasil e do doutorado, mestrado e pós-graduação do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, DF, Brasil; juiz de direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).
E-mail: paccarmona@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês³

THE PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF PRINCIPLE AND VALIDATION LIMITS IN DISCIPLINARY PROCEEDINGS

ABSTRACT: This article will examine the principle pas de nullité sans grief in Brazilian administrative disciplinary procedure and interferences in legality management system, especially those caused by validation of illegal administrative acts. By analysing the legal essence of (i) the duty to validate administrative acts, and (ii) the implicit notion of procedural administrative assumptions, the purpose is to list arguments that disfavor the principle of the instrumentality of the forms or moderate formalism, commonly represented by the adage pas de nullité sans grief. In result, even without damage to parties in proceedings, the assessment of “absolute nullity” itself makes one conclude for the existence of damage in judicial process as parties’ guarantee instrument and to legal system’s stability.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE ACT. VALIDATION. DISCIPLINARY PROCEEDINGS. ASSUMPTIONS. PRINCIPLE PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

³ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. O princípio pas nullité sans grief e os limites da convalidação no processo disciplinar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 121-137, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p121>.

(APA)

Dezan, Sandro Lúcio, & Carmona, Paulo Afonso Cavichioli. (2016). O princípio pas nullité sans grief e os limites da convalidação no processo disciplinar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 121-137. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p121

Referências

ABRÃO, Guilherme Rodrigues; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Nulidades no processo penal brasileiro: regras gerais do código de processo penal e do projeto 156: a necessária leitura do sistema de invalidades à luz das categorias próprias do processo penal. *Revista Bonijuris*, v. 22, n. 556, p. 18-25, mar. 2010.

AGABIN, Pacifico A. Towards a definition of administrative due process in regulatory proceedings. *Phillipine Law Journal*. v. 61, p. 363-381, 1986.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. v. 1.

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

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. *Diário da Justiça*, 10 dez. 1969.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 85.155/SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, 15 abr. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 559.632/MG. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 3 fev. 2006.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010a.

_____. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010b.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil: atos e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. v. 3.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

EBERLE, Edward J. Procedural due process: the original understanding. *Constitutional commentary*, v. 4, p. 339-362, 1987.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional*. 2010. 637 f. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

GOFFI, Ana Maria; SCARTEZZINI, Flaquer. *O princípio da continuidade do serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 3.

HAUIRIOU, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. *Revista de direito administrativo*, v. 1, n. 2, p. 465-473, abr. 1945.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. rev. atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 13, n. 51, p. 346-368, abr./jun. 2005.

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

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. (Coleção temas de direito administrativo; 1).

A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade

PEDRO IRINEU DE MOURA ARAÚJO NETO

Resumo: A confidencialidade do processo arbitral é uma vantagem comparativa deste em relação ao processo judicial. Todavia, a Lei nº 9.307/1996 obrigou a Administração Pública a observar o princípio da publicidade quando ela for parte do processo arbitral. Apesar dessa alteração, constatou-se que a confidencialidade ainda tem espaço na hipótese de a Administração Pública ser parte, dado existirem regras que tutelam o interesse de sigilo. Ademais, a confidencialidade aplica-se como dever de discrição do árbitro, para que o processo arbitral permaneça com essa característica que o distinga da publicidade do processo judicial, embora essa confidencialidade não possa obstar a eficácia do princípio da publicidade como *accountability*. Também se propôs como boa prática administrativa o estabelecimento, na convenção de arbitragem, de um desenho procedimental mínimo que reflita uma solução de compromisso entre a confidencialidade e a publicidade, de forma a eliminar *ex ante* os agentes que não estejam dispostos a firmá-la nesses termos.

Palavras-chave: Confidencialidade. Vantagem comparativa. Processo arbitral. Administração Pública. Princípio da publicidade.

1. Considerações iniciais

Por cautela e proteção da sua imagem no mundo dos negócios, as empresas tendem a cuidar para que não cheguem ao conhecimento público informações que apontem seus erros ou suas más condutas, revelem segredos empresariais (estratégicos, financeiros, tecnológicos) de vital importância ou até mesmo os valores discutidos em juízo. Por isso, a possibilidade de se confidenciarem todas ou mesmo apenas algumas informações contidas no processo arbitral certamente se insere na dinâ-

Recebido em 20/11/15
Aprovado em 26/4/16

mica de incentivos¹ para elas optarem pela arbitragem em detrimento do juízo estatal, uma vez que neste a publicidade é a regra e o sigilo, a exceção².

Ocorre que a alteração promovida na Lei nº 9.307/1996³, ao mesmo tempo em que acrescentou uma autorização geral para que a Administração Pública pudesse empregar a arbitragem, também dispôs que o princípio da publicidade é de observância obrigatória quando um ente público estiver envolvido nesse processo.

Portanto, nos casos em que tenha sido instaurado um juízo arbitral entre um agente privado e a Administração Pública (por exemplo, nas concessões de serviço público), surge um aparente conflito entre o incentivo promovido pela confidencialidade do juízo arbitral e o cumprimento do princípio da publicidade.

Exposta essa consideração, o propósito desse artigo é discutir se há exceções ao princípio da publicidade num processo arbitral envolvendo ente público e agente privado, ou seja, se ainda há espaço para a confidencialidade nesses casos.

Assim, num primeiro momento, discute-se a confidencialidade do processo arbitral, no sentido de averiguar o seu alcance segundo a Lei nº 9.307/1996, que regula a arbitragem no direito positivo brasileiro. Logo após, são feitas considerações acerca do princípio da publicidade na Administração Pública, ressaltando a sua importância e significado, para, num terceiro momento, definir como esse princípio deve ser aplicado ao processo arbitral e os possíveis espaços que ele ainda deixa para a confidencialidade, sugerindo-se um desenho procedimental mínimo como solução de compromisso entre a observância do princípio da publicidade e o incentivo promovido pela confidencialidade.

2. A confidencialidade do processo arbitral

É bastante comum que os regulamentos dos principais tribunais arbitrais disponham a respeito da confidencialidade do procedimento

¹ Segundo dados de pesquisa realizada pela *Queen Mary's School of International Arbitration*, da Universidade de Londres, 62% daqueles que optam pela arbitragem para a solução dos conflitos consideram que a confidencialidade é algo muito importante, tanto que 50% desses mesmos entrevistados afirmam que a confidencialidade é algo inerente a esse procedimento, independentemente de existir cláusula expressa a respeito, tanto na convenção de arbitragem quanto no regulamento do juízo arbitral (FRIEDLAND; MISTELIS, 2010).

² Ver artigos 5º, LX, e 93, IX, da Constituição de 1988.

³ Ver art. 1º da Lei nº 9.307/1996.

arbitral⁴; e até nas revistas e compêndios especializados⁵ em divulgar sentenças arbitrais com propósitos acadêmicos e científicos, costuma-se preservar a identidade das partes envolvidas na discussão dos casos julgados.

No direito positivo brasileiro, a Lei nº 9.307/1996 não faz referência expressa à confidencialidade, mas seu art. 13, § 6º, prescreve que: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. Segundo Fitchner, Mannheimer, Monteiro (2012, p. 235-236), esse artigo impõe aos árbitros o dever de confidencialidade, que abrange a totalidade das informações que ele vier a obter das partes durante o processo arbitral, estendendo-se, inclusive, após a prolação da sentença arbitral – embora o mesmo artigo silencie quanto a se esse dever se estende também às partes. Assim, de acordo com esse posicionamento, não há necessidade de cláusula na convenção de arbitragem ou no regulamento do juízo arbitral que torne explícito o dever de confidencialidade imposto ao árbitro, por ser uma obrigação *ex lege*.

Desse modo, é importante desde já que se estabeleça uma diferença entre *confidencialidade* e *privacidade*, uma vez que a própria *International Law Association* a estabeleceu, ao declarar que

The concept of privacy is typically used to refer that only the parties, and not third parties, may attend arbitral hearings or otherwise participate in arbitration proceedings. In contrast, confidentiality is used to refer to the parties asserted obligations not to disclose information concerning arbitration to the third parties (ILA, 2010, p. 4).

Nesse mesmo sentido, explica Cretella Neto (2010, p. 65) que “ao passo que a privacidade é um conceito que impede que terceiros, estranhos à arbitragem, dela participem, a confidencialidade impõe obrigações às partes e aos árbitros”; daí o entendimento correto de que a discrição do juízo arbitral se conecta mais ao conceito de privacidade do que ao de confidencialidade. Assim, não se pode afirmar seguramente que haja obrigação jurídica *ex lege* que vincule as partes do processo arbitral – e não apenas o árbitro – a manter em sigilo as informações das quais tomaram conhecimento durante esse processo⁶, embora Pinto (2007, p. 92) defenda que o dever de confidencialidade na arbitragem,

⁴Ver Câmara de Comércio Internacional (2015), art. 6º e UNCITRAL (2008, p. 30), art. 25.4.

⁵Para mais informações, ver as revistas: *Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage*, *La Revue de l'Arbitrage* e *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*.

⁶Também afirmando que a Lei nº 9.307/1996 não determina a confidencialidade da arbitragem, Salles, 2011, p. 54-55.

ainda que não explicitado na Lei nº 9.307/1996, decorra do princípio da boa-fé objetiva.

No Reino Unido, a Corte de Apelação, ao julgar o caso *Wilson vs Emmott Michal & Partners Ltd.*, revelou algumas diretrizes que podem ser seguidas nessa questão, ao fazer a seguinte ponderação:

the principal cases in which disclosure will be permissible are these: the first is where there is consent, express or implied; second, where there is an order, or leave of the court (but that does not mean that the court has a general discretion to lift the obligation of confidentiality); third, where it is reasonable necessary for the protection of the legitimate interests of an arbitration party; fourth, where the interests of justice require disclosure, and also (perhaps) where the public interests requires disclosure (REINO UNIDO, 2008).

Mesmo diante dessa discussão, não há dúvidas de que, de toda forma, o dever de confidencialidade, entre dois agentes privados, pode ser perfeitamente inserido na convenção de arbitragem ou deixado a cargo do regulamento que disciplina o juízo arbitral eleito por elas. Por isso, a principal discussão é saber se há algum espaço para a confidencialidade quando na arbitragem estão envolvidos um agente privado e um ente público.

3. O princípio da publicidade no direito positivo brasileiro

Em verdadeira exortação ao princípio da publicidade, o Ministro Ayres Britto, na Suspensão da Liminar nº 623, declarou que “a prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros de concretizar a república enquanto forma de governo”. Nesse mesmo sentido, assevera Bastos:

A publicidade dos atos estatais e mais restritamente no caso dos da Administração tem sido uma preocupação constante no Estado de Direito. Só a publicidade permite evitar os inconvenientes necessariamente presentes nos processos sigilosos. O conhecimento, portanto, da atuação administrativa é indispensável tanto no que diz respeito à proteção dos interesses individuais como também aos interesses da coletividade em exercer o controle sobre os atos administrativos (BASTOS, 2002, p. 44).

Por sua vez, o art. 10 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁷ também declara:

⁷Essa convenção foi internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto nº 5.687/2006.

Informação pública

Tendo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo a sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder. Essas medidas poderão incluir, entre outras coisas: a) A instauração de procedimentos ou regulamentações que permitam ao público em geral obter, quando proceder, informação sobre a organização, o funcionamento e os processos de adoção de decisões de sua administração pública, com o devido respeito à proteção da intimidade e dos documentos pessoais, sobre as decisões e atos jurídicos que incumbam ao público; b) A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões; e c) A publicação de informação, o que poderá incluir informes periódicos sobre os riscos de corrupção na administração pública (BRASIL, 2006).

Passadas essas considerações, o princípio da publicidade abre-se em duas frentes, como mandado de otimização: obriga a Administração Pública a que ponha dados a respeito da sua conduta à disposição dos cidadãos e de forma compreensível e eficaz; e também a impede de adotar procedimentos sigilosos fora das hipóteses constitucional e legalmente previstas⁸. Mais além, o princípio da publicidade não conduz a uma finalidade encerrada em si, dado que auxilia a concretização de outras normas, podendo-se afirmar que ele é um instrumental para o seu cumprimento (MOREIRA NETO, 2005, p. 83).

Portanto, é de se imaginar que o cumprimento do princípio da publicidade no proces-

so arbitral acompanhe essa tendência de divulgação cada vez maior de informações relativas a entes públicos, até mesmo por observância da Lei nº 12.527/2011, que inseriu, no direito positivo brasileiro, regras jurídicas destinadas a concretizar esse princípio.

A seguir, discutem-se as possíveis construções normativas para esse cumprimento, de forma a verificar se há algum espaço para a confidencialidade no processo arbitral.

4. Princípio da publicidade no processo arbitral e espaços para a confidencialidade

4.1. Confidencialidade e publicidade segundo a natureza do ato e a regra jurídica incidente

Como solução mais simples para o aparente conflito entre a confidencialidade que pode ser atribuída ao processo arbitral e a observância do princípio da publicidade, pode-se chegar à construção de uma norma, fundamentada no art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, a qual prescreve que esteja disponível a qualquer terceiro toda a informação contida num processo em que esteja envolvido um ente da Administração Pública, de forma a impossibilitar que, sem exceções, a confidencialidade seja atribuída a esse procedimento.

Essa primeira construção normativa, de certo, daria máxima concretização ao princípio da publicidade. Todavia, os princípios jurídicos são espécies normativas que dependem da complementaridade de outros atos institucionais (princípios colidentes, regras jurídicas, regulamentos, julgados etc.) para que obtenham a sua adequada significação normativa (ÁVILA, 2015, p. 99-101), dado serem normas que prescrevem fins e com alto grau de abstração, ao contrário das regras, que apresentam

⁸ Art. 5º, X, XII, XXXIII, LX, por exemplo.

enunciado frontalmente descritivo – verdadeiros mandamentos de definição (ALEXY, 2015, p. 104).

Logo, aplicar determinado princípio de tal forma que não se verifique a existência desses outros atos institucionais que o complementam não representa um modo adequado de aplicação dos princípios jurídicos. Dessa maneira, na questão específica do procedimento arbitral, o princípio da publicidade deve conformar, tanto num aspecto subjetivo quanto objetivo, a sua hipótese de incidência e a adoção dos comportamentos vinculantes para o seu cumprimento, por meio da relação de complementaridade com os atos institucionais pertinentes à questão.

No aspecto subjetivo, a hipótese de incidência do princípio da publicidade recai onde estiver presente um ato unilateral da Administração Pública, qualquer que ele seja, uma vez que a sua própria atuação se baseia na publicidade de seus atos, em decorrência do art. 37 da CF⁹. Por sua vez, os atos institucionais que dão significação normativa (modo de cumprimento, exceções) ao princípio da publicidade, nessa hipótese, extraem-se das próprias leis que informam o regime jurídico administrativo. Apenas a título exemplificativo, uma vez que os casos podem ser inúmeros, tem-se como certo que ao procedimento arbitral se aplicam, ao menos hipoteticamente, as exceções previstas constitucionalmente em relação ao princípio da publicidade: os artigos 5º, XXXIII, e 37, § 3º, II.

⁹ Decerto que pode haver gradações quanto à amplitude da publicidade a ser dada, de forma que meros comunicados que interessam exclusivamente ao âmbito interno de determinado órgão público, sem prejudicar diretamente qualquer particular, necessitam somente serem aficcionados nas dependências do órgão, como é o caso do aviso a ser dado a respeito de treinamento dos servidores, ao passo que não tem eficácia o contrato administrativo cuja publicação resumida do instrumento não foi realizada por meio do *Diário Oficial*, conforme dispõe o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/1993.

No aspecto objetivo, por outro lado, há de se identificar a natureza do ato ou a *prevalência do interesse* que ele representa, para que se decida sobre a exclusão de qualquer possibilidade de ser acobertado pela confidencialidade. Numa primeira cogitação, parece certo que, se o ato tiver sido unilateralmente produzido pela Administração Pública (decretos, portarias, regulamentos), o aspecto subjetivo e objetivo se confundem, e não há maiores dúvidas de que o princípio da publicidade se aplica tal qual se apresenta no regime jurídico administrativo.

Em contrapartida, quando o ato apresentar natureza bilateral, por reportar a entendimento e interesses tanto do agente privado quanto da Administração Pública (o próprio contrato de concessão, prestações pecuniárias, avaliações sobre a realização da obra ou prestações do serviço), o princípio da publicidade pode encontrar uma significação diferente daquela que lhe é dada no regime jurídico administrativo, pois, para esses casos, há uma justaposição de interesses que, ao contrário do que afirma tradicional doutrina administrativa (MELLO, 2015, p. 60; MEIRELLES, 2001, p. 43), nem sempre é solucionada pela prevalência do interesse público sobre o interesse privado (BINENBOJM, 2008, p. 106-107).

Nesses casos, portanto, devem-se pesquisar as normas que definem previamente qual dos interesses deve prevalecer (regras jurídicas).

Ilustrativamente, tem-se como certo que o próprio contrato de concessão e as prestações pecuniárias realizadas em virtude dele, apesar de apresentarem natureza bilateral, não podem ser acobertados pela confidencialidade, uma vez que o art. 18, XIV, da Lei nº 8.987/1995¹⁰, e o

¹⁰ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: XIV – nos casos de

art. 1º, I, da Lei nº 8.443/1992¹¹, definem que o interesse público deve prevalecer nessas hipóteses – incidindo, portanto, o princípio da publicidade.

De outro modo, pode-se cogitar que ocorra, durante determinado procedimento arbitral, a produção de prova pericial, com a finalidade de determinar se houve ou não execução inadequada do contrato, ou até mesmo uma avaliação contábil-financeira acerca do desempenho da prestação do serviço ou execução de obra pública quando se estiver discutindo, no juízo arbitral, o equilíbrio econômico do contrato. Em ambas as hipóteses, há boas chances de irem a esse juízo informações empresariais consideradas estrategicamente relevantes – tais como balanço contábil, fluxo de caixa, *know-how*, patentes etc. – fornecidas até mesmo no intuito de colaborar para produzir provas. É certo que a publicidade dessas provas, no juízo arbitral, pode ser encarada, pelo agente privado, como vazamento de dados para a concorrência, e assim há o interesse de que a elas seja atribuída a confidencialidade, pelo menos no que diga respeito às informações consideradas estrategicamente relevantes.

Feita essa consideração, devem-se buscar regras jurídicas que tutelem o interesse do agente privado e que permitam, portanto, a confidencialidade dessas informações em detrimento de uma publicidade que a elas seria dada se aplicado o princípio da publicidade de forma irrestrita.

Dessa forma, podem-se mencionar ilustrativamente: o art. 175, XI, XII e XIV, da Lei nº 9.279/1996¹²; os arts. 1.190 e 1.191, do Código Civil¹³;

concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterà as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis (BRASIL, 1995).

¹¹ Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: I – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário (BRASIL, 1992).

¹² Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; [...] XIV – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos (BRASIL, 1996).

¹³ Art. 1.190. Ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei. Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência. § 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam

o art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001¹⁴; e o art. 198, do Código Tributário Nacional¹⁵. Ocorrendo a hipótese de incidência dessas regras, a confidencialidade deve ser observada no juízo arbitral¹⁶.

Verdade é que as hipóteses mencionadas e as regras incidentes sobre elas, que permitem a confidencialidade na arbitragem, são, de fato, obrigações *ex lege*, cuja incidência opera tanto no juízo estatal quanto no arbitral. Não obstante, o que importa é evidenciar que, mesmo a teor da disposição do art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/1996, há espaço para a confidencialidade no procedimento arbitral, em decorrência das regras jurídicas específicas que protegem esse interesse.

4.2. Confidencialidade como discrição e publicidade como *accountability*

Neste ponto, devem-se observar as regras dos arts. 2º, § 3º, e 13, § 6º, ambos da Lei nº 9.307/1996. O primeiro prescreve a observância do princípio da publicidade quando um ente da Administração Pública for parte

examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão [...] (BRASIL, 2002).

¹⁴ Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados (BRASIL, 2001).

¹⁵ Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (BRASIL, 1966).

¹⁶ Em se tratando de comparação com o procedimento arbitral desenvolvido nos EUA, entre agentes privados no âmbito das *agencies*, observa-se que a solução adotada por lá tende a tornar confidencial o procedimento arbitral; mas, por outro lado, tende a divulgar a sentença arbitral devidamente motivada, conforme se apreende da compatibilização entre o *Administrative Dispute Resolution Act – ADRA* – principalmente na parte que versa sobre a confidencialidade (§ 574) – e o *Freedom of Information Act- FOIA* [5 USCS, 552 (a) (2) (A)].

no processo arbitral; e o segundo obriga o árbitro a atuar com discrição na condução desse processo.

A primeira construção que pode ser feita por meio da inter-relação dessas duas regras é que, quando a arbitragem envolve um ente público, o cumprimento do princípio da publicidade é tal que não faz sentido ou não tem qualquer praticidade falar em dever de discrição imposto ao árbitro; ou, dito de outra forma, a hipótese de incidência para a regra do art. 13, § 6º, da Lei nº 9.307/1996, só recairia quando a arbitragem realmente se desse entre dois agentes privados.

Como consequência dessa interpretação, o processo arbitral se assemelharia, assim, ao processo judicial, no qual a práxis informa que praticamente qualquer terceiro pode vir a tomar conhecimento do que nele ocorre, a não ser que se decrete o segredo de justiça.

Noutro giro, tomando-se como premissa a dinâmica de incentivos própria¹⁷ para adoção do juízo arbitral em preferência ao juízo estatal, é possível atribuir algum conteúdo ao dever de discrição imposto ao árbitro, mesmo quando um ente público estiver presente no procedimento arbitral (SALLES, 2011). Desse modo, deve-se relembrar que, se não é possível dizer o mesmo da confidencialidade, a privacidade pode ser considerada como da própria natureza do procedimento arbitral; por conse-

¹⁷ Em linhas gerais, a arbitragem apresenta a seguinte dinâmica de incentivos quando comparada com o processo judicial: a celeridade para resolução do litígio, a confidencialidade ou caráter reservado que pode se dar a seus atos, a possível especialização do árbitro em face da matéria a ser decidida, a maior participação das partes na formação do procedimento e a possibilidade de elas também determinarem o direito aplicável à controvérsia. Para uma análise econômica acerca do instituto da arbitragem, ver Pugliese e Salama (2008); e já sobre essa dinâmica de incentivos, ver Lemes (2007). Nesse mesmo quadrante, Luciano Timm e Eduardo Jobim (2007) observam essa dinâmica de incentivos pelo lado reverso, i.e., pelos custos esperados quando a controvérsia se encampa no processo judicial.

guinte, a preservação dessa característica deve ser perseguida como uma das razões subjacentes à escolha da arbitragem.

Feita essa consideração, podemos afirmar que a observância do princípio da publicidade não significa, ilustrativamente, a participação de todo e qualquer cidadão em audiências realizadas no procedimento arbitral. É, portanto, dever do árbitro restringir esse acesso às partes, seus advogados e terceiros a ele vinculados e de interesse do procedimento, assim como ainda é dever do árbitro não divulgar quaisquer informações que venham a obter das partes em razão da sua função, salvo se solicitado por decisão judicial ou por ordem dos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública (PINTO, 2004).

Assim, é certo que a discricção imposta ao árbitro não deve representar qualquer impedimento para que se concretize o princípio da publicidade como *accountability*¹⁸, caso a própria Administração Pública não cumpra seu dever de repassar as informações, que por lei é obrigada, aos órgãos públicos de controle e fiscalização, e à própria sociedade.

Para que exerçam o controle da atividade administrativa, os instrumentos processuais à disposição dos cidadãos e do Ministério Público (Ação Civil Pública, Ação de Improbidade Administrativa etc.) não ficam, de maneira alguma, obstados pela privacidade inerente ao procedimento arbitral, no sentido em que, presentes os requisitos para o emprego desses instrumentos, o procedimento arbitral pode vir a perder essa natureza tendencialmente voltada à privacidade, e assemelhar-se mais ao

processo judicial no que se relaciona à publicidade dos seus atos para terceiros.

Ainda assim, não cumpre ao próprio árbitro desincumbir-se de ofício do seu dever de discricção, pois é juiz de fato e de direito da causa somente no que diz respeito às questões arbitráveis¹⁹, e julgar ou não se estão presentes os requisitos para abertura de informações do procedimento arbitral para a prestação de contas ao Ministério Público ou a sociedade certamente não se insere entre essas questões. Disso decorre que é imprescindível ordem judicial que comande ao árbitro que esses terceiros venham a obter determinadas informações do procedimento arbitral – asseverando-se que tanto melhor quanto mais especificadas forem essas informações para o propósito do emprego dos instrumentos processuais que permitam a prestação de contas da Administração Pública à sociedade, a fim de que não se desnaturalize a privacidade da arbitragem e o árbitro possa cumprir sem embaraços a ordem judicial.

4.3. Princípio da publicidade como transparência e como divulgação

Neste ponto, pode-se desdobrar o princípio da publicidade em duas condutas vinculantes da Administração Pública. A primeira reflete o que se denomina transparência na gestão administrativa e, nesse sentido, seu elemento finalístico é simplesmente permitir aos cidadãos o acesso a informações relativas a determinado ente público; a segunda diz respeito

¹⁸ Segundo Pinho e Sacramento (2009), “*accountability* encerra a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ônus, o que seria a pena para o não cumprimento desta diretiva”.

¹⁹ No direito positivo brasileiro, a Lei nº 9.307/1996 define como requisitos para a arbitralidade objetiva – isto é, o que pode ser submetidas ao juízo arbitral – a patrimonialidade e a disponibilidade do direito. Sobre esses requisitos, ver Carmona (2007). Sobre as nuances desses requisitos quando um ente da Administração está envolvido, ver também Mattos (2001).

à divulgação, no sentido de o ente público levar determinadas informações ao conhecimento dos cidadãos²⁰.

Em comum, é certo que tanto a transparência quanto a divulgação se inserem no conteúdo normativo do princípio da publicidade, que, complementado pelo princípio da eficiência, também obriga que a Administração Pública proceda de maneira coerente, eficaz e inteligível, ao levar aos cidadãos determinadas informações ou ao permitir-lhes o acesso a elas, cumprindo, por sua vez, o art. 5º da Lei nº 12.527/2011.

Como se depreende, a diferença entre essas duas condutas é sutil e pode ser compreendida binariamente em termos de conduta positiva/negativa; ou seja, para realizar a transparência, a Administração vê-se obrigada a apenas não impedir o acesso de terceiros a essas informações – e, portanto, o terceiro em questão deve requisitar esse acesso. No caso da divulgação, por sua vez, ela tem o dever de agir e levar essas informações a esse terceiro.

No entanto, por sutil que seja, essa diferença repercute no procedimento arbitral, no sentido de que a Administração Pública deve diferenciar uma situação em que lhe incumbe apenas a transparência daquela em que a divulgação lhe é obrigada²¹, até mesmo para maximizar a dinâmica de incentivos da arbitragem a fim de que o agente privado possa firmar a convenção arbitral, reduzindo até o seu preço de contratação, caso essa dinâmica lhe seja vantajosa²².

²⁰ Note-se que a Lei nº 12.527/2011 induz a esse desdobramento, uma vez que o art. 7º (e incisos) disciplina o *direito de acesso à informação*, pressupondo o pedido de acesso regulado pelo art. 10. Donde, em outras palavras, as informações referidas no art. 7º estão disponíveis (“transparentes”) embora não amplamente divulgadas. Por outro lado, o art. 8º denota a publicidade como divulgação, ao prescrever que: “É dever dos órgãos e entidades públicas promover, *independentemente de requerimentos*, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. § 1º Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo: I – registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; II – registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III – registros das despesas; IV – informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V – dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e VI – respostas a perguntas mais frequentes da sociedade” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

²¹ Nesse ponto, é interesse notar que a própria resolução do CNJ nº 121/2010 busca dotar os processos judiciais de mais transparência, ao mesmo tempo em que, como contrapartida, regula a quantidade de informações neles constantes, às quais deve ser dada ampla divulgação, o que pode ser uma diretriz para a Administração Pública, tomando-se o processo arbitral como equivalente ao processo judicial.

²² A propósito, a criação desse ambiente institucional favorável à arbitragem também como alternativa para redução dos preços de contratação não passou despercebida a Barros e Barros, ao destacarem que: “Principalmente quando se trata de grandes contratações – como concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas –, cujos valores são altos e o tempo de contratação longo, pesam também no cálculo de preço da proposta o ambiente econômico-institucional do ente público e do País. O licitante examina outros aspectos além do conteúdo editalício, tais como: se o ente público contratante costuma adimplir pontualmente com seus pagamentos ou se está em constante mora ou mesmo em

Nesse sentido, pode-se imaginar que basta tornar transparente certa controvérsia entre um agente privado e a Administração Pública que se encontre submetida à arbitragem, sem que, no entanto, se faça uma divulgação dessa informação ao conhecimento geral. De outra forma, se um terceiro quiser saber particularidades da controvérsia – tais como valor da causa, natureza do litígio e agente privado envolvido, ou qualquer outro conteúdo do procedimento arbitral que não esteja acobertado pelo sigilo –, deverá requisitar esse acesso.

Em outra circunstância, a Administração Pública pode ver-se obrigada a divulgar certa informação surgida em meio ao procedimento arbitral, independentemente de requerimento, desde que, pela própria natureza do litígio, se descubra que a inexecução de um serviço público ou obra pública veio a prejudicar ou a causar danos aos seus usuários – como seria o caso de desabastecimento de energia elétrica em determinada cidade ou até mesmo o quanto foi gasto com o procedimento arbitral (pagamento de honorários ao árbitro, por exemplo) ou a sentença arbitral que lhe impôs uma condenação que implique pagamento ao agente privado ou despesa, uma vez que os incisos II e III do art. 8º da Lei nº 12.527/2011 prescrevem que deve ser dada ampla divulgação a informações dessa natureza.

5. Desenho procedimental mínimo na convenção de arbitragem a respeito da confidencialidade e da publicidade como boa prática administrativa

Do que foi dito, pode ser boa prática que a Administração Pública estabeleça na convenção de arbitragem um desenho procedimental mínimo para uma solução de compromisso entre a confidencialidade e a publicidade (SALLES, 2011, p. 283-285), sem deixar de atentar, por outro lado, na devida cautela para que tal desenho não conflite com um juízo arbitral eventualmente eleito por essa própria convenção (CAHALI, 2011, p. 111-112). Em razão disso, a Administração Pública também deve examinar que instituições arbitrais são mais predispostas a esse desenho procedimental mínimo, caso não queira incorrer nos custos adicionais de uma arbitragem *ad hoc* que se adapte a esse desenho. Tal desenho deve expor ao menos:

graves dificuldades financeiras; se o marco regulatório do setor está bem definido ou em constante modificação; se as instituições políticas possuem obstáculos ideológicos fortes em relação àquela contratação; *qual a qualidade do Judiciário e o grau de corrupção; quais as alternativas de saída, ou seja, quais são os mecanismos para resolução de disputas, de que forma o investimento privado estará protegido (ex.: existência de acordo bilateral de investimento)*” (BARROS; BARROS, 2014, grifo nosso).

(i) as obrigações *ex lege* que obriguem ao cumprimento do princípio da publicidade e aquelas que, por outro lado, resguardam o sigilo;

(ii) as obrigações do árbitro fundamentadas no seu dever de discricção;

(iii) as hipóteses em que esse dever pode ceder espaço para que o árbitro permita aos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública e a outros terceiros legitimados o acesso a informações do procedimento arbitral; e

(iv) as hipóteses em que a Administração Pública se comprometerá apenas ao dever de transparência, e aquelas em que ela se verá obrigada a dar publicidade ampla ao procedimento arbitral.

Claro que a falta desse desenho procedimental na convenção de arbitragem não impossibilita a aplicação do que acima foi exposto acerca da confidencialidade e da publicidade, pois um ato de negociação processual não invalida regras jurídicas de caráter impositivo. No entanto, esse desenho procedimental pode representar um ganho de eficiência para a Administração Pública – e por isso significa boa prática administrativa –, pois elimina *ex ante* os agentes privados que não estão dispostos a participar do procedimento arbitral nesses termos.

6. Considerações finais

A atribuição de confidencialidade ao procedimento arbitral é reconhecida como uma vantagem comparativa da arbitragem em relação ao processo judicial. No entanto, no direito positivo brasileiro, a Lei nº 9.307/1996 não considera a confidencialidade como algo inerente à arbitragem – muito embora, ao ser feita a distinção entre confidencialidade e privacidade, se tenha apontado que esta última é cer-

tamente uma característica do procedimento arbitral, pois o árbitro deve manter discricção em relação às informações que obteve durante o procedimento arbitral, sendo esse dever uma obrigação jurídica *ex lege*.

No que diz respeito ao princípio da publicidade, verificou-se que ele é da natureza do Estado Democrático de Direito, e a disciplina normativa desse princípio por meio da Lei nº 12.527/2011 concretizou o valor e o significado atribuídos à informação de interesse público, servindo de auxílio para a concretização de outros princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais.

Feitas essas considerações, propôs-se uma solução para o aparente conflito entre o incentivo promovido pela confidencialidade do procedimental arbitral e o princípio da publicidade que nele deve ser observado. Nesse sentido, deve ser averiguada, primeiramente, a natureza do ato ou prevalência do interesse que ele representa, para se definir qual regra jurídica se aplica a ele, uma vez que há regras jurídicas que tanto podem promover a publicidade, quanto resguarda o interesse que se mantenha em sigilo. Com base nisso, constatou-se que o direito positivo brasileiro contém regras jurídicas que dão espaço para a confidencialidade no procedimento arbitral.

Ademais, verificou-se que a privacidade do procedimento arbitral ainda se mantém, mesmo quando esteja nele envolvida a Administração Pública, uma vez que se deve estimular a dinâmica de incentivos próprios para a utilização da arbitragem. No entanto, também se demonstrou que a privacidade do procedimento arbitral não pode impedir que terceiros legitimados ao controle e fiscalização da Administração Pública se utilizem dos instrumentos processuais adequados para que o princípio da publicidade tenha eficácia como *accountability*. Desse modo, é possível que es-

ses terceiros venham a ter acesso a determinadas informações contidas no procedimento arbitral.

Segundo a Lei nº 12.527/2011, o princípio da publicidade também foi desdobrado em dever de transparência e dever de divulgação, traçando-se uma sutil diferença entre esses dois deveres: enquanto o primeiro se expressa apenas por meio da possibilidade de acesso à informação, o segundo impõe que a informação seja levada ao conhecimento do público. Assevera-se também que a repercussão dessa diferença no procedimento arbitral implica que a Administração Pública deve distinguir entre as situações em que lhe incumbe apenas a transparência e aquelas em que ela é obrigada a dar divulgação, visando-se mais uma vez a estimular a dinâmica de incentivos inerente à arbitragem.

Ao fim, ressaltou-se como boa prática a Administração Pública dispor, na convenção de arbitragem, de um desenho procedimental mínimo que satisfaça tanto os interesses de confidencialidade e privacidade quanto a observância do princípio da publicidade, e que assegure ganho de eficiência, ao eliminar *ex ante* os agentes privados que não estejam dispostos a ser partes num processo arbitral que respeite esse desenho.

Sobre o autor

Pedro Irineu de Moura Araújo Neto é mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; bolsista da Capes e do CNPq.

E-mail: pedroirineuneto@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²³

ARBITRATION'S CONFIDENTIALITY AND THE PRINCIPLE OF PUBLICITY

ABSTRACT: The arbitration's confidentiality is a comparative advantage in relation to the judicial process. However, when the public administration is involved in arbitration as a party, a recent legislative amendment of the Act n. 9.307/96 prescribed that the principle of publicity is to be observed. Despite this amendment, it was stated that confidentiality has room even in the event of the Public Administration being a party in arbitration, since there are legal rules that protects the interest of confidentiality. In addition, confidentiality also applies to the referee's duty of discretion, so that the privacy of the arbitration process continues to be a feature that distinguishes it in relation to the publicity given to the judicial process, although this privacy cannot prevent the effectiveness of the principle of

²³ Sem revisão do editor.

publicity as duty of accountability. It was also suggested as good administrative practice to establish in the arbitration agreement, proposed by the Public Administration, a minimum procedure drafting that reflects a compromise between confidentiality and publicity, in order to eliminate ex ante private agents who are not willing to assign it in those terms.

KEYWORDS: CONFIDENTIALITY. ARBITRATION. COMPARATIVE ADVANTAGE. PUBLIC ADMINISTRATION. PRINCIPLE OF PUBLICITY.

Como citar este artigo

(ABNT)

ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 139-154, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139>.

(APA)

Araújo Neto, Pedro Irineu de Moura. (2016). A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 139-154. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROS, Guilherme Freire de Melo; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. *Arbitragem no contrato administrativo: parâmetros para uma cláusula arbitral eficiente*. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3dcf9c448778a2c9>>. Acesso em: 19 maio 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário do Congresso Nacional*, 15 set. 1966.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 jul. 1992.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 22 jun. 1993.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 fev. 1995.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial da União*, 15 maio 1996a.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996b.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2001.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*, 1º fev. 2006.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*, 18 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Liminar n. 623. Relator. Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, 3 ago. 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). *Regulamento de arbitragem: regulamento de mediação*. Paris: Câmara de Comércio Internacional, 2015. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed., rev., atual. e ampl., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (UNCITRAL). *UNCITRAL model law on international commercial arbitration: 1985 with amendments as adopted in 2006*. Viena: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2016.

CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem?. *Revista de arbitragem e mediação*, v. 7, n. 25, p. 43-70, abr./jun. 2010.

FITCHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sérgio Nelson. MONTEIRO, André Luis. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de direito privado*, v. 13, n. 49, p. 227-309, jan./mar. 2012.

FRIEDLAND, Paul; MISTELIS, Loukas (Org.). *2010 international arbitration survey: choices in international arbitration*. London: White & Case, 2010. Disponível em: <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). *The Hague conference (2010): international commercial arbitration*. 2010. <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/536E81FE-3BC8-4144-A70672729D8A6AA8>>. Acesso em: 9 jun. 2016.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 223, p. 115-131, jan./mar. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48315/46500>>. Acesso em: 19 maio 2016.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o Português?. *Revista de Administração Pública*, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.
- PUGLIESE, Antônio Celso; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista direito GV*, v. 4, n. 1, p. 15-27, jan./jun. 2008.
- PINTO, José Emílio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. *Revista brasileira de arbitragem*, v. 1, n. 1, p. 9-26, jan./mar. 2004.
- _____. Proposta para a preservação do sigilo da arbitragem na execução específica da cláusula compromissória. In: BONFIM, Ana Paula Rocha do (Coord). *Dez anos da lei de arbitragem: aspectos atuais e perspectivas para o instituto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- REINO UNIDO. *John Forster Emmott v. Michael Wilson & Partners Limited [2008] EWCA Civ 184*. 2008. Disponível em: <<http://www.trans-lex.org/301850>>. Acesso em: 9 jun. 2016.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & justiça*, v. 33, n. 1, p. 80-97, jun. 2007.

Direitos humanos e solidariedade

Entre o universalismo e o relativismo, por uma teoria dialógica dos direitos humanos

JAILTON MACENA DE ARAÚJO

Resumo: Nos embates teóricos entre universalistas e relativistas acerca dos direitos humanos, aqueles apregoam uma generalização dos valores morais de raiz ocidental, ao passo que estes se firmam nas particularidades culturais de cada civilização, rechaçando essa influência universal. Algumas provocações têm sido levantadas no sentido de uma adequação entre essas duas compreensões (de modo a não se estabelecer uma afronta cultural que tem como objetivo disseminar a ideia liberal ocidental, tampouco vergastar direitos mínimos, essencialmente ligados a um núcleo duro que se firma na ideia de dignidade). Nesse contexto, busca-se perquirir a possibilidade de estabelecer uma proposta dialógica, que reconheça a deficiência dos direitos humanos quando esboçados como mera previsão normativa destituída de eficácia, ante uma realidade cada vez mais plural e carente de tolerância. Diante do patamar de crise e ilusões perdidas em que se encontram os direitos humanos, pretende-se conduzir uma discussão fundada na teoria dos direitos humanos assentada na ideia de solidariedade, entendida como comprometimento de cada um com o bem-estar de todos, com o intuito de se abrirem possibilidades diante do futuro dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Solidariedade. Universalismo. Relativismo. Diálogo.

1. Introdução

Muito se tem debatido acerca das divergências entre as teorias dos direitos humanos polarizadas entre os universalistas e os relativistas. De um lado, estão aqueles que visualizam nos direitos humanos uma esfera de reconhecimento de direitos válidos, por sua simples enunciação,

Recebido em 4/5/16
Aprovado em 18/8/16

para todos os povos; do outro, os que veem na esfera da cultura um conjunto de valores que tornam resguardados os elementos culturais e sociais de grupos ante a tentativa de imposição de “melhorias” eminentemente ocidentais e que afrontam os elementos culturais mais íntimos e caros às tradições de determinadas comunidades.

Ante essa dualidade de posicionamentos, algumas reflexões são necessárias no intuito de se elaborar um ponto de reflexão sobre a questão do embate entre universalismo e o relativismo, embora não com o aprofundamento necessário à superação do tema.

Parte-se, inicialmente, de uma compreensão dialógica dos direitos e dos direitos humanos, assimilando a ideia de reconhecimento desses direitos como contributo para a construção de uma legitimidade material de realização ou eficácia dos direitos. Essa ideia estabelece um ponto central que desencadeia uma crise na “validade” dos direitos humanos, que, embora sejam reconhecidos como valores norteadores de uma conduta ética, esvaem-se diante da realidade de violações por que passam, e acabam obstando a ideia mesma de dignidade humana.

Serão ainda oportunos alguns apontamentos acerca dos direitos humanos em face de uma compreensão solidarista que se estabelece como força motriz que busca dignidade, muito embora seja engessada pela construção de fortes elementos culturais, sociais e econômicos que impedem uma ideia uniforme dos direitos humanos que respeite a diversidade.

Ao final, estabelecer-se-á de modo mais claro o embate entre o universalismo e o relativismo, com a tentativa de sistematização de alguns pontos importantes para a compreensão cultural e plural dos direitos humanos, como proposta teórica que visa à centralização das teorias dos direitos humanos em torno de um

núcleo comum constituído pela dignidade da pessoa humana como valor capaz de apontar uma ideia intermediária que favoreça, com base no valor solidariedade, a promoção do desenvolvimento pleno da pessoa humana.

2. Direitos e direitos humanos: do reconhecimento à construção de uma legitimidade material

Desde a época de Hobbes, as regras do Direito privado apoiam-se na liberdade dos contratos e na propriedade, o que conformou o desenvolvimento das demais searas do Direito em torno de uma racionalidade privada egoísta. E obviamente essa racionalidade serviu de base ideológica à construção dos direitos humanos em sua acepção histórica.

Tomando como ponto de partida os direitos naturais subjetivos, Kant afirma a possibilidade de cada um exercer força quando suas liberdades forem feridas. No momento posterior, com o monopólio do uso da força pelo Estado, houve a necessidade de se estabelecerem direitos subjetivos que garantissem a defesa do indivíduo contra as ingerências do Estado, realizadas ilegalmente contra a liberdade e a propriedade.

A compreensão da legalidade das ações estatais apresenta-se como pressuposto de legitimidade da normatização do Direito que operacionaliza os comportamentos, apresentando, pois, uma validade que é determinada pelo seu grau de imposição, a partir da descrição de um comportamento legal que exige a obediência, seja com a imposição de sanções, seja mediante as decisões de um julgador – numa compreensão mais moderna: seja nas ações dos cidadãos, seja do próprio Estado de Direito.

Numa dimensão democrática, no entanto, para que se mantenha a coerência do sistema

jurídico, a positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático tenha sido respeitado quando da elaboração legislativa, em consonância com uma aceitabilidade racional, na qual:

A positividade do direito significa que ao se criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, a qual só existe até segunda ordem, porque ela pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares [...]. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade (HABERMAS, 1997, p. 60).

A compreensão superior do Direito, garantida pela imposição estatal, é representada por uma superioridade das instituições ante a realidade dos cidadãos, as quais acabam impondo uma limitação à realização plena dos indivíduos. Como reflete Habermas (1997, p. 59), a legitimidade do Direito expõe a necessidade de que haja uma compreensão crítica da atividade de produção das normas jurídicas, mas também da sua aplicação, o que permite a exposição dos valores e dos elementos éticos que subjazem no texto da lei.

Ao se admitir, tomando por base a ideia de direitos humanos, que o Direito admite uma dimensão universal, estabelece-se uma reposta ao desejo de transformação jurídica pressuposta pelo próprio Direito; entretanto, com frequência, o Direito confere aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade, o que impossibilita a compreensão de legitimidade plena de direitos ditos universais, mas que muitas vezes se colocam como

mecanismo de superação dos elementos de uma cultura (HABERMAS, 1997, p. 62). Não se pode esquecer que os Estados, responsáveis por assegurar a proteção e eficácia dos direitos humanos, continuam sendo os seus maiores violadores, desempenhando um papel paradoxal.

O princípio da universalização obriga os participantes do discurso a examinar normas controversas, servindo-se de casos particulares previsivelmente típicos, para descobrir se elas poderiam encontrar o assentimento refletido de todos os atingidos. Para superar esse teste, as regras morais tem que assumir uma versão geral, completamente descontextualizada; por isso, elas só podem encontrar uma aplicação descontextualizada naquelas situações *standard*, cujo componente “se” já foi levado em conta preliminarmente. Como, porém, nos discursos de fundamentação, não se pode levar em conta *ex ante* todas as possíveis constelações de casos singulares futuros, a aplicação da norma exige um esclarecimento argumentativo *sui generis*. Em tais discursos de aplicação, a imparcialidade do juízo não é garantida através de um novo princípio de universalização, e sim através de um princípio da adequação (HABERMAS, 1997, p. 203).

Por essa razão, o Direito é entendido como instrumento de estabilização das necessidades sociais daquele conjunto de pessoas unidas pelo vínculo jurídico da cidadania (por estarem sujeitas a uma entidade superior que “domina” um território), mas que deve ser orientado muito mais por uma compreensão específica do ser humano como sujeito dotado de dignidade e de capacidade de relacionar-se tanto com outras pessoas quanto com as instituições postas a sua disposição para a realização das ações cotidianas.

Ao se vislumbrar um contexto de realização cultural de cada um dos grupos que compõem a sociedade, a universalização dos direitos hu-

manos é posta à prova ao se deparar com o fenômeno histórico que acompanha o desenvolvimento da política e da economia internacional e a evolução do direito em âmbito global, que põe o ser humano em papel de destaque na vida internacional, em meio a uma gama de direitos reconhecidos universalmente, muito embora esse reconhecimento não represente a sua realização. Dornelles bem observa:

O problema é que em nossa realidade, mesmo quando se vive uma situação política onde os espaços democráticos são mais amplos e visíveis, seguem existindo grandes desníveis nos quais o exercício da cidadania é diferenciado, enquanto uma grande maioria [...], curiosamente chamados de “minorias”, são mantidos fora da proteção legal (DORNELLES, 2006, p. 51).

Reforçando essa ideia contrária à tese universalista dos direitos humanos, existe a constatação empírica de que há uma grande diversidade de valores morais e de sistemas jurídicos pautados em pluralidade cultural que expressa imensa multiplicidade cultural – o que se tornou um imbróglio na sedimentação da perspectiva universalista dos direitos humanos. No entendimento dos relativistas, “nada pode atender o bem-estar de todos os seres humanos, isto porque, os seres humanos não são semelhantes em nenhum aspecto que comporte generalizações” (BARRETO, 2004, p. 284), muito embora sejam esses mesmos direitos humanos, quando negados, a força motriz e a base de argumentação contra aqueles que os têm violado.

A construção hermenêutica que promove a dignidade da pessoa humana deve estar assentada em bases jurídicas com centro na preocupação com a atuação do aplicador do Direito no sentido de se extrair da ordem jurídica os fundamentos valorativos que permitam a plena dignificação do homem em sua essência.

Nesse sentido, é indispensável que o jurista saia de uma avaliação do ser meramente individual e utópico, reconhecendo em cada instituto jurídico a transcendência do valor instrumental que promove o aprofundamento e a consolidação do conhecimento da experiência jurídica “[...] na integralidade de seus elementos constitutivos, com toda a força axiológica de seu sentido ético, oferecendo, assim, algo de válido e próprio” (REALE, 1994, p. XVI) à Ciência do Direito e à eficácia das normas que têm como fundamento a realização da justiça¹.

¹É importante considerar que o conceito de justiça está presente nas reflexões sobre direitos humanos. Inicialmente, o conceito de justiça atravessa as concepções filosóficas desde Platão, reconhecida como virtude suprema da política, o que a coloca como valor prioritário dentre outros valores e normas que presidem a vida em sociedade (RAWLS, 1997, p. 3). Nessa medida, a justiça orienta-se como parâmetro de distribuição em consonância com o direito de inserção na comunidade que assiste aos cidadãos. Por essa razão,

E, obviamente, é imperioso que essa construção filosófica e meta-jurídica seja tirada do papel e vivenciada por todos. Nesse sentido, são feitas as mais duras críticas aos direitos humanos, principalmente as que acusam os direitos humanos de terem sido criados para proteger a concretude de uma humanidade corporificada na burguesia, e que remete a sua realização apenas ao plano dos interesses e não da cidadania real (POGREBINSCHI, 2003, p. 144).

Pode-se reconhecer que apenas uma visão integral dos direitos humanos e da essência humana legitimará o trabalho do aplicador do Direito, que jamais deve olvidar a destinação ético-política de seu labor. Ao se assentar unicamente na perspectiva histórica, os direitos humanos inegavelmente tiveram um papel imperialista que fundamentou e justificou muitas atrocidades ao longo dos anos; entretanto, deve-se considerar um prognóstico mais otimista que reconheça os possíveis e inegáveis avanços que decorreram do reconhecimento do rol de direitos humanos, o que favorece a esperança de um futuro promissor para o ser humano.

Ao se entrar em contato, mesmo que superficial, com as teorias dos direitos humanos, é possível partir do pressuposto de que há dois aspectos do Direito aplicável: o material e o formal. A perspectiva formal do Direito permite que haja uma organização lógica que garanta o funcionamento das engrenagens estatais, ao passo que a feição material se refere à facticidade do direito, tornando universais os valores que devem orientar aquela atuação, que deve levar em consideração os aspectos da diversidade cultural, a proteção às minorias, a evolução dos direitos dos povos e a ameaça da exacerbada exploração do mercado.

Assentado na racionalização weberiana, pode-se constatar, sob ambos os pontos de vista, que cada uma das perspectivas tem pesos diferentes para a consecução dos fins dos direitos humanos. Nessa medida, é preciso que se estabeleça uma racionalização, tanto dos caminhos do Direito, como da sua base, que, embora estejam ligados, são distintos, e devem permanecer em constante diálogo.

A universalização do *status* dos direitos humanos compreende uma aceção da publicização dos direitos do cidadão que representam uma juridificação de todas as relações sociais. O núcleo dessa cidadania são os direitos políticos que têm antecedentes históricos cristalizados desde a perspectiva dos direitos naturais, mas que reconhece várias dimensões

a distribuição de direitos deve obedecer a critérios estabelecidos nas normas jurídicas que tenham validade e aplicação para todos. Essa identificação da justiça com o acesso aos direitos pelos cidadãos está amparada na lei (em sentido estrito) e condiciona também a atuação estatal, orientando a concepção material ou substantiva de suas ações a partir de critérios que condicionam a realização do ser humano a partir da ideia de dignidade.

do Direito, possibilitando a ampliação de direitos subjetivos em face do Estado e em face dos outros cidadãos, mas que permanecem ainda muito ligados a uma faceta meramente formal.

A ideia de direitos humanos e da soberania do povo determina até hoje a autoconcepção normativa do Estado Democrático de Direito. Não se deve entender esse idealismo, ancorado na estrutura da Constituição apenas como uma fase superada na história das ideias políticas; o Estado está lastreado numa gama de reflexões históricas que fundamentam uma compreensão mais universal e destacada do Direito, sintetizada por Habermas nos termos seguintes:

o contrato social serve para a institucionalização do direito “natural” a iguais liberdades de ação subjetivas. Kant vê esse direito humano primordial fundamentado na vontade autônoma de indivíduos singulares, os quais dispõem preliminarmente, enquanto pessoas morais da perspectiva social de uma razão que examina as leis, a partir da qual eles podem fundamentar moralmente, e não apenas pela astúcia, a sua saída do estado de liberdades inseguras (HABERMAS, 1997, p. 127).

É possível ver, portanto, que o reconhecimento do direito natural como uma pré-compreensão implícita das relações decorrentes da evolução humana se escora numa primordialidade moral insculpida nas leis que reconhecem a liberdade (formal) do homem, muito embora essa visão precise ser reconstruída para que se amplie para a garantia (material) da liberdade do homem.

Na visão liberal, os direitos humanos impõem-se como algo dado, ancorado numa perspectiva jusnatural; em contrapartida, na interpretação republicana, a vontade ético-política de uma coletividade que se está autorrealizando nada pode reconhecer que não corres-

ponda ao próprio projeto de vida autêntico, o que limita o reconhecimento de grupos minoritários e sociedades que têm modos de vida e compreensões diferentes do Direito. Uma reflexão contextualista seria imperiosa para que se dispusessem, nesses contextos sociais e grupais, uma visão mais peculiar do Direito e dos direitos humanos, que pode ser expressa com base na ideia de democracia. Como bem observa Cerroni:

A democracia que o liberalismo prefere tende sempre a ser uma democracia mínima, substancialmente ancorada nas trincheiras do processualismo e do formalismo jurídico construídos em defesa de uma pirâmide garantista que no seu vértice tem o indivíduo privado já emerso acima das dificuldades elementares em que as grandes massas estão ainda submersas (CERRONI, 1990, p. 21).

A despeito de uma necessidade de contextualizar os anseios de grupos e sujeitos, o que pauta a vida moderna é a simplificação da convivência humana fundada numa vontade unificada dos cidadãos ligada ao processo de legislação democrática que exclui de *per si* todos os interesses não universalizáveis e permite apenas regulamentações que garantam a todos as mesmas liberdades formais; e sobre isso Habermas posiciona-se no sentido de que “A forma gramatical de mandamentos universais nada diz sobre a sua validade” (HABERMAS, 1997, p. 137).

É evidente, no entanto, que o reconhecimento de direitos subjetivos em dada estrutura sociopolítica estabelece uma relação de soberania que constrói, com fundamento na cidadania representativa da maioria das nações ocidentais, uma gama protetiva que garante a vida e assistência pelos menos num grau civilizatório – muito embora insuficiente, isso é irrefutável.

O nexa entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de participação – necessárias não apenas para uma legislação política autônoma, mas para uma participação social cidadã que promova melhorias e transformações sociais – possam ser institucionalizadas juridicamente.

A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação política da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica (em vias de efetivação). Há, portanto, que se concordar com a ideia de que o sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta nem submetida a sua autonomia política. Nesse sentido, Habermas problematiza:

Em confronto com regras de interação naturais, que podem ser julgadas somente sob o ponto de vista moral, as normas do direito possuem um caráter artificial – formam uma camada de normas de ação produzidas intencionalmente, reflexivas, isto é aplicáveis a si mesmas. Por isso, o princípio da democracia não deve apenas estabelecer um processo legítimo de normatização, mas também orientar a produção do próprio medium do direito. Na visão do princípio do discurso, é necessário estabelecer condições às quais os direitos em geral devem satisfazer para se adequarem à constituição de uma comunidade de direito e posam servir como medium da auto-organização desta comunidade (HABERMAS, 1997, p. 146).

À medida que o resultado de um processo de aplicação de direitos pode ser explicado por interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura do próprio Poder Judiciário, que é influenciado por orientações ideológicas, pode-se afirmar que os direitos humanos – reconhecidos nos tratados internacionais e internalizados nas constituições dos países – se tornam ferramenta de aplicação e de reconhecimento peculiar em cada contexto social: basta que sejam reconhecidos os núcleos mínimos a serem mantidos dentro de cada grupo social.

Na teoria dos direitos de Dworkin (2005, p. 300), é sustentada a possibilidade e a necessidade de que as decisões ligadas às regras garantam o direito, ou a correção, que pode ser legitimado à luz dos princípios, o que exige uma apropriação crítica das instituições jurídicas, inclusive dos direitos humanos.

Na realidade, as teorias dos direitos humanos implicam uma complementaridade entre a reflexão teórica e a prática, pois

não teria sentido a análise teórica, abstrata, que não levasse em consideração os problemas reais que afetam quotidianamente a pessoa humana neste final de século (discriminações sociais, políticas e religiosas, falta de liberdade, limpeza étnica, miséria, analfabetismo, etc.) e, nem também, aceitar como verdade última universal e acabada, as diversas situações sociais do mundo contemporâneo (BARRETO, 2004, p. 280).

Nesse sentido, Habermas (1997, p. 253) afirma que nem todos os direitos valem de forma absoluta; porém, cada direito coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam com base no igual respeito por cada um deles.

Uma compreensão universalista absoluta retira a importância de uma consciência coletiva sobre os valores morais que regem a sociedade, impondo de modo divergente as discrepâncias entre exigências axiológicas que se tornam obstáculos às transformações sociais que tomem em consideração a existência de grupos minoritários marginalizados das decisões políticas, na medida em que se condensam, num conjunto normativo rígido e estabelecido de cima para baixo, as ações das instituições políticas nacionais e internacionais que têm (ou pelo menos deveriam ter) o dever de implementar os direitos humanos.

O sistema de direitos não pode mais ser garantido na base tradicional de uma sociedade econômica liberal, que se reproduz espontaneamente sob a ordenação da “mão invisível” do mercado. Os direitos fundamentais devem ser concretizados por um Estado que dirige reflexivamente, que prepara infraestrutura e afasta perigos, que regula e compensa as deficiências na realização dos direitos humanos. “Na medida em que os indivíduos se atribuem reciprocamente os direitos humanos, adquirem a posição de sujeitos do direito ao mesmo tempo livres e iguais” (HABERMAS, 1997, p. 311) – muito embora se reconheça que o paradigma do Direito fornecido pelo Estado social não seja mais suficiente para a realização dos direitos humanos, assim como muito menor é a eficiência do paradigma liberal.

Reconhecer a crise é restabelecer a possibilidade de superação, fortalecendo os mecanismos que podem tornar possível a realização da dignidade humana como substrato mínimo ético dos direitos humanos, muito além de teorias ou compreensões acerca dos direitos humanos.

3. Direitos humanos como proposta solidária de proteção: algumas reflexões oportunas

Ao abordar o confronto entre universalistas e relativistas, é essencial que se mencione a realização de duas conferências internacionais que

trataram da elaboração de um conjunto de direitos mínimos que se constituíram nas principais bases da atual compreensão universal dos direitos humanos.

Na Conferência de Teerã, em 1968, foi feito um balanço dos vinte anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a participação de 84 países e inúmeras organizações internacionais, e a aprovação de diversos textos que consagraram alguns direitos importantes para a proteção da pessoa humana. A partir dela, afirmou-se um novo paradigma global de integração em torno da ideia de direitos humanos. Em 1993, realizou-se a Conferência de Viena, num contexto político-ideológico global completamente diferente, já com o fim da Guerra Fria e com a participação efetiva da ONU. Nela foi realizada também uma avaliação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como a forma como os Estados implementavam esses direitos.

Durante a Convenção de Viena, a Declaração e o Programa de Ação de Viena foram elaborados e, embora aprovados, não obtiveram unanimidade, pois os países desenvolvidos (EUA, Japão e União Europeia) defendiam a corrente universal dos direitos humanos, ao passo que os países em desenvolvimento (China, países africanos e árabes) acreditavam que os direitos civis e políticos eram expressão de uma ideologia ocidental, e que, portanto, deveriam ser relativizados em função do estágio de desenvolvimento e tradição cultural de cada povo.

É evidente, como bem observam Silveira e Rocasolano (2010, p. 239), que ambas as correntes apresentavam argumentos consistentes (que ainda persistem até hoje nas discussões acaloradas sobre os direitos humanos). De um lado, os universalistas acusam os relativistas de se apoiarem ora uma tradição cultural ancestral, ora na falta de desenvolvimento tecnoló-

gico, ora na própria permanência de governos ditatoriais como mecanismos de impossibilitar uma abertura maior aos direitos humanos em sua expressão mais ampla e protetiva. Por outro lado, os relativistas acusam os universalistas de tentarem impor a cultura ocidental como forma de tornar seus valores hegemônicos e acobertar políticas de intervenção em outros países.

É evidente que ambas as correntes têm suas razões; entretanto, deve-se caminhar para uma proposta razoável de construção da convivência pacífica e que tenha o ser humano, e não quaisquer tipos de interesse implícitos, como centro da proteção dos direitos.

Cabe aduzir que, mesmo à sua maneira, os grupos mais resistentes à ideia dos direitos humanos a cada dia se têm aproximado do texto das declarações ocidentais, como quando, por exemplo, a Constituição da República Islâmica do Irã, de 1979, determina que, além de ser interpretada à luz do Alcorão, os direitos previstos no seu texto devem ter sua interpretação “baseada na dignidade do ser humano e nos nobres valores da humanidade que ultrapassam os humanos” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 241). Ressalte-se que o último tratado internacional de direitos humanos assinado pelos Estados Unidos foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em 1966, tendo sido rejeitado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais (por ser considerado pelo Congresso norte-americano como uma limitação a sua soberania), bem como incontáveis outros tratados que tratam dos direitos humanos, que foram simplesmente rechaçados pelos norte-americanos (COMPARATO, 2005, p. 532).

Por essa razão, Douzinas (2009, p. 375) afirma que “os direitos humanos são construídos políticos que não apenas escamoteiam importantes maneiras por meio das quais o poder

é exercido, mas também podem ser usados para desafiar mecanismos de opressão e dominação”. E é nesse sentido que, em cada contexto social, os direitos humanos têm sido “manipulados” ora para ampliar direitos de grupos cada dia mais oprimidos em Estados que não os reconhecem, ora para impedir que haja qualquer tipo de resistência ao poder econômico de potências hegemônicas.

Desse modo, deve-se reconhecer que os direitos humanos, na ótica ocidental, apresentam-se como questão política que se submete às exigências dos membros de uma sociedade em relação à sua própria legitimidade e à capacidade de promover bem-estar (principalmente para aqueles sujeitos que se encontram em melhores condições de posses). Diferentemente, em contextos culturais e sociais de ausência total de proteção, decorrentes desses direitos, eles servem de baliza para as lutas que desafiam o poder em busca de melhorias nas condições de vida dos grupos sociais. Nesse sentido, Bobbio reflete:

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que a teoria e a prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nesses últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”) (BOBBIO, 2004, p. 62).

Como se pode depreender das reflexões de Bobbio, o reconhecimento dos direitos humanos expressa-se mais num contexto formal em que a liberdade de cada um deve poder conviver com a igual liberdade de todos, segundo uma lei geral em que a pretensão de legitimidade do direito positivo se firma de modo formal em determinações reflexivas do próprio direito, do que propriamente da realização material desses direitos em contextos de exploração ou luta por melhorias (quer para que haja o reconhecimento de direitos, quer para que os direitos reconhecidos tenham real eficácia). Por essa razão, muito mais que reconhecer interesses individuais, os direitos humanos têm a intenção de garantir e reconhecer existência digna, numa perspectiva de liberdade.

Não se podem relegar os direitos humanos a uma concepção liberal segundo a qual eles são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao poder do Estado. Os direitos humanos são simultaneamente valores deduzidos da história de lutas dos povos e normas objetivas de princípios, obrigatórias para todos os domínios do Direito. Nesse con-

texto, os direitos humanos podem ser entendidos como uma ordem que regula a relação entre Estado e cidadãos, na qual o poder social deve estar submetido a esses valores como ferramenta de promoção de mais conquistas, seja qual for o contexto cultural em que se insere.

Há de se reconhecer que, numa compreensão mais próxima da realidade de cada indivíduo, a efetivação dos direitos não se faz de modo irracional, mas sim a partir de uma moldura normativa. Não se pode olvidar que a formação normativa vai além do papel do juiz; inicia-se nos aportes políticos da atividade legiferante e das ações do executivo e, portanto, essas funções também se circunscrevem nos elementos axiológicos que determinam a orientação dos direitos (humanos) com base de um viés não apenas moral:

aquilo que os filósofos entendem como fundamento da moral nada mais era que uma forma da moral dominante. Em outras palavras, os filósofos, desejando estabelecer os fundamentos da moral, acabam por trata-la como algo dado e previamente determinado (FEITOSA, E., 2012, p. 40).

A necessidade de uma nova forma de compreender os direitos humanos evidencia um descompasso entre a sua concepção e a sua realidade. Todos são formalmente iguais, segundo os textos normativos; entretanto, a vivência dos direitos humanos permanece destoante da realidade em que se encontra grande parcela da humanidade. Constatase que os direitos humanos têm sido ferramenta a favor de uns poucos e contra a grande maioria daqueles considerados marginalizados. “Ora, trata-se, agora de sabermos se os direitos humanos são ideais a serem conquistados ou se tais ideais nunca concretizados conferem-lhe o papel de ilusão jurídica” (FREITAS, 2012, p. 233), quando na realidade, “o fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico”, conclui Douzinas (2009, p. 384).

De fato, uma compreensão universal dos direitos humanos não seria adequada para proteger e garantir a dignidade de realidades sociais tão díspares como os desejos econômicos ocidentais dos países desenvolvidos, os anseios sociais dos países em desenvolvimento da América, as necessidades básicas e a cultura local africana, as crenças religiosas dos países de raiz mulçumana e as milenares culturas asiáticas. Quando se perquire a ideia multicultural dos direitos humanos, vários elementos sociais têm que ser levados em consideração de modo a promover a necessária proteção aos mais diversificados grupos sociais e culturais.

Como pontua Habermas, apesar de serem encontrados abstratamente nos sistemas políticos a partir de transcurtos históricos de lutas e conquistas, os princípios dos direitos humanos (como elementos do-

tados de carga valorativa) “são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos” (HABERMAS, 1997, p. 241).

É evidente que, como esclarece Alexy (2002, p. 501), o discurso dos direitos humanos é antecedente à sua existência e não está necessariamente ligado às decisões tomadas no processo de opção pelos direitos subjetivos a serem inseridos na norma jurídica, mas muito mais importante é a carga ideológica que os cerca. Por essa mesma razão, deve-se ter bastante cuidado quando se trata de direitos de proteção aos mais vulneráveis num contexto social pós-moderno de marginalização e expropriação, que serve muitas vezes para garantir a exploração por meio de determinações muito abstratas, abertas e carregadas da ideologia neoliberal.

Num sentido inverso, é evidente que há o interesse na uniformização do Direito, principalmente num contexto nacional de proteção jurídica que garante a coerência da ordem jurídica interna, proporcionando uma identidade mínima na realização dos direitos, de modo a se protegerem os povos de ditaduras e opressões que impedem a realização plena de mulheres, grupos étnicos minoritários, homossexuais, crianças e inúmeros outros segmentos. Essa compreensão de uniformidade do Direito apenas pode ser estabelecida com base numa compreensão ética do Direito que se impõe com valores próprios, mas que devem ser manejados sob uma perspectiva democrática que favoreça a plenitude do ser humano como ser dotado de razão e de dignidade.

A eticidade é o modo de vida natural do ser humano e, como aponta Catão (2012, p. 286), representa um desdobramento de uma dialética de reconhecimento que ocorre desde o início da existência humana, remontando à

relação familiar, às sociedades mais primitivas e ao Estado moderno, entre os quais a diferença é mais uma questão de grau que de gênero. Nesse sentido, pode-se aduzir que:

Um estado de coisas conforme regras só se constitui a partir do momento em que é descrito em conceitos de uma norma a ele aplicada ao passo que o significado da norma é concretizado pelo fato de ela encontrar aplicação num estado de coisas especificado por regras. Uma norma “abrange” seletivamente uma situação complexa do mundo da vida, sob o aspecto da relevância, ao passo que o estado de coisas por ela constituído jamais esgota o vago conteúdo significativo de uma norma geral, uma vez que também o faz valer de modo seletivo (HABERMAS, 1997, p. 247).

Com base no entendimento do estado das coisas, pautado na normatividade, estabelece-se a eticidade mencionada por Catão. O reconhecimento ético das relações que ensejam uma contextualização dos direitos humanos em prol de uma busca efetiva por dignidade ocorre sob três formas de relação do sujeito consigo mesmo, que ele classifica como relações de amor e amizade, relações legais e relações de solidariedade² que se exteriorizam e

²A polissemia e imprecisão do termo *solidariedade* acaba por proporcionar cada vez mais força e aceitação para a noção do termo como compreensão política que universalmente indica a preocupação com o ser humano como sujeito dotado de dignidade e que exige atuação de todos (cidadãos, instituições públicas e privadas, nacionais e internacionais) no sentido de acolher e promover a melhoria das condições de vida da parcela de pessoas que mais necessitam de apoio para a realização dos direitos humanos. Consoante Scheren-Warren (1996, p. 13), a conformação prática do valor *solidariedade* definido na CF reúne atores de movimentos sociais, agente de políticas sociais e cidadãos politicamente ativos que se têm constituído em coparticipantes de uma ética solidária que visa à superação das situações de violação dos direitos humanos em todos os seus contextos, apresentando-se, ademais, como valor fundamental das relações sociais, articulações e práticas coletivas de resistência e combate à pobreza, à exclusão e à intolerância em todas as suas formas, tratando-se de uma solidariedade politicamente qualificada que

se complementam em função da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima, respectivamente (CATÃO, 2012, p. 287).

Há que se complementar o entendimento de Catão (2012): se se reconhece que para a sedimentação das teorias dos direitos humanos, há de se admitir a compreensão jurídica de emancipação identificada com uma dimensão do desenvolvimento pessoal que se entrelaça ao desenvolvimento das três formas de relação do sujeito consigo mesmo, pois elas apenas podem ser expandidas de modo pleno, quando se possibilita as condições de autorrealização do indivíduo nas suas relações com o outro.

Diante dessas visões complementares acerca da dignidade, apontada como núcleo dos direitos humanos, pode-se afirmar que o correto seria tratar os grupos culturais como iguais e entender as diferenças entre cada um deles com base na ideia de solidariedade, em que os direitos humanos não seriam mera questão cultural, mas uma forma de legitimar as respostas aos reais desafios da sociedade moderna.

Isso encaminha a sociedade global moderna para o paradoxo da tolerância que busca a tolerância para aquelas situações em que não haja intolerância nem propagação da intolerância (CANOTILHO, 2002, p. 1.436). Nesse sentido, sob o paradoxo da tolerância, haveriam de ser implementados, em culturas não ocidentais, elementos mínimos de tolerância, no sentido de haver a adoção de modos de vida que respeitam o ser humano – como abolir a escravidão, praticar a tolerância religiosa, permitir o acesso à educação às mulheres, aceitar casamentos mistos e tolerar a homossexualidade – fazendo com que os direitos humanos, além de valor e de elemento histórico, possam ser considerados com pauta para a educação, de modo a induzir posturas de respeito, consoante as reflexões de Trindade (2003, p. 337):

O respeito pelo próximo constitui um princípio básico comum a todas as culturas, crenças e religiões. Cultura é liberdade, na medida em que representa os padrões de comportamento dos membros de uma coletividade humana perante as realidades da vida, sua maneira de ver o mundo e relacionar-se com a realidade exterior. Cultura é liberdade e libertação, e, como tal, só pode figurar junto aos direitos humanos, ao invés de dificultá-los ou a eles reinsistir.

É evidente que, por essa razão, não se pode afastar o caráter civilizatório e progressista dos direitos humanos, cuja fundamentação jusnaturalista acaba por torná-lo (marcá-lo como) uma ilusão que carece

tende à libertação construída por meios jurídicos coligados com a compreensão cultural e política consolidada no contexto social brasileiro.

de concretização, embora ainda se mantenha fundada na tolerância, no respeito e na solidariedade (como comprometimento de todos para o bem-estar coletivo). Desse entendimento de solidariedade como instrumento de tolerância entre os povos, que representa um elemento de ligação entre eles, decorre a ideia de cooperação, que para Feitosa se estabelece nos seguintes termos:

sentido de que a responsabilidade horizontal seria primária e a vertical secundária. [...] o dever de cooperação entre os Estados, ou entre estes e as organizações internacionais, para assegurar o desenvolvimento e eliminar os seus obstáculos, de um lado se sustenta nas regras de cooperação para o comércio e desenvolvimento econômico, do outro lado precisa agudizar para se transformar em regras de solidariedade humana para o desenvolvimento, tomado em sentido plural. Aqui os dois direitos [direito do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento] se reencontram. A promoção da nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, na interdependência, no interesse mútuo e cooperação entre os Estados, está no campo do direito do desenvolvimento, sendo que precisa avançar no sentido da garantia do humano. A maior diferença estaria no objetivo instrumental mediato, qual seja, usar a economia para manter ou alcançar lastros e resultados econômicos, cabendo instrumentalizar a base econômica fática para encorajar a observância e a realização dos direitos humanos (FEITOSA, M., 2013, p. 148-149).

Para Häberle, cooperação é um mecanismo de favorecimento à realização dos direitos humanos, através do qual:

A realização cooperativa dos direitos humanos compreende a dogmática dos direitos humanos, mas vai além desta [...] A “força motriz” do tipo Estado constitucional não se mostra tão grande em outro âmbito quanto na realização cooperativa dos direitos fundamentais. Seus catálogos de direitos tornam-se exemplo no âmbito público mundial de duas maneiras: como esperança dos “cidadãos estatais” de terceiros Estados por direitos fundamentais para si mesmos, e como esperança por melhoria, em nível de direitos fundamentais, das pessoas como “estrangeiros” nesses Estados (HÄBERLE, 2007, p. 69)

O estabelecimento de um nexos racional entre os valores assegurados no âmbito dos direitos humanos e as normas pertinentes de ação estatal ou supraestatal, faz com que a proteção à dignidade tenha como pano de fundo a coerência do sistema de regras, mantendo intocados os valores teleologicamente firmados, fazendo com que haja uma expansão desses valores com a eminente função de fortalecimento das conquistas.

A proteção dos direitos humanos é orientada por princípios que precisam definir que grupos sociais se devem proteger e quais os elementos

políticos de ação a serem colocados em prática em função da solidariedade, respeito e tolerância que favoreçam a emancipação dos mais variados grupos sociais. Nesse sentido, Althusser (1979, p. 197) reconhece que a essência do homem é liberdade e razão como fundamento emancipatório. Isso porque, como bem observa Cerroni (1990, p. 28), “o desenvolvimento de cada um torna-se já hoje uma condição essencial para garantir o desenvolvimento de todos”.

Não restam dúvidas, portanto, de que o sistema jurídico global não pode garantir os direitos humanos se não se inscrever numa proposta de proteção do homem pautada no respeito, na solidariedade e na tolerância, voltada para uma participação cidadã que aja de encontro às formalidades limitadoras do discurso globalizante dos direitos humanos e que reconheça, portanto, não apenas uma proposta universalizante dos direitos humanos, mas, principalmente, que esteja apta a albergar uma proposta cultural, contextualizada, desses direitos.

4. Universalismo vs. Relativismo: por uma compreensão solidária, tolerante e plural dos direitos humanos

A evolução dogmática dos direitos humanos – se é que se pode considerar algum dogmatismo na compreensão universal dos direitos humanos – deve passar por um processo arrojado de reenquadramento que favoreça uma reinterpretação dos direitos, de modo que eles deixem de ser uma simples carga valorativa pautada num “dever ser” e se tornem bens reais, desfrutados por cada sujeito, ainda que encarados como objetivos a serem alcançados.

Ao afirmar a necessidade de concretização dos direitos humanos como *telos* a ser assegura-

do na sociedade se firma o compromisso de formação “objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida” (HABERMAS, 1997, p. 320). É evidente que a ordem jurídica não pode de *per si* garantir os direitos humanos se não foi constituído um aparato estatal que tenha como propósito a vontade política centrada na realização do núcleo duro dos direitos humanos (vida, liberdade, integridade física).

Nesse contexto, Bulté levanta o problema da legitimidade da legislação, na medida em que ela, muitas vezes, é indiferente aos valores e ao *telos* dos direitos humanos como sentido de garantia e proteção de grupos bem diversos, ao afirmar que: “De qualquer modo, a análise dos componentes teóricos do Estado de Direito não estaria completo sem parar em outro de seus elementos: o referido ao espinhoso problema da legalidade do poder ou sua legitimação (BULTÉ, 1992, p. 15)”.

Corroborar-se então a reflexão de Habermas (1997, p. 316), para quem as normas válidas do sistema jurídico obrigam os seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, na medida em que os valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. A essa evidência, é preciso que se reconheça que os valores não são apenas uma expressão de preferências, mas são também condicionamentos para que se aja de modo direcionado para um fim: a garantia da dignidade.

Os direitos humanos são, nessa medida, uma garantia de realização do Direito moderado, no qual se reconhecem os valores liberais e democráticos que se interligam em torno da expressão ética da moral e da soberania do povo, mas que têm como instrumento mais forte de proteção à ideia de dignidade, que não

questiona as características externas ou sociais do ser que a possui. A dignidade humana como essência do ser sobrepõe os elementos étnicos e culturais, impondo a necessidade de respeito ao ser humano simplesmente pela sua existência.

Ao se debruçar sobre a questão dos elementos culturais, ora entendidos como empecilhos, ora como mais um elemento da proteção dos direitos humanos, Galindo (2006) tenta sistematizar alguns elementos que ele nomeia como fundamentos de uma teoria intercultural da Constituição. Embora se trate de um contexto normativo específico, e ainda enquadrado numa cultura ocidental da constitucionalidade dos direitos humanos, a sistemática adotada por Galindo condensa fundamentos que podem ser emprestados para embasar uma releitura dos direitos humanos que assegure a dignidade em igual medida a todos os grupos culturais, éticos e sociais que estão albergados numa base normativa pretensamente universal (embora possa se apresentar como simulacro formal de dignidade).

Galindo, em sua teoria intercultural da Constituição, perfilha os seguintes fundamentos: criticismo, abertura, pluralismo, universalismo, particularismo e contextualismo que teriam o condão de favorecer uma compreensão múltipla e intercultural dos direitos humanos de modo a garantir uma aceção inclusiva da realização da dignidade pelo Direito.

A teoria intercultural é uma teoria crítica, pois parte do reconhecimento de que as teorias existentes são insuficientes para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo, assim como para o fomento do diálogo entre os grupos e indivíduos diferenciados por diversos contextos sociais, culturais e étnicos. As teorias propostas atualmente são rigorosas e inflexíveis, já que pretendem ter origem na razão, sem muitas concessões a particularismos não racionalizáveis. Apresentam-se como universais embora padeçam de uma compreensão autocrítica que amplie as possibilidades de soluções de conflito, o que exige abertura.

O fundamento da abertura alberga a aceitação das críticas às teorias que relacionam os direitos humanos, permitindo de seu próprio interior uma reflexão contínua acerca da sua abrangência. A partir de uma compreensão dialógica, pode-se compreender que a teoria intercultural admite sua incompletude, como característica inerente à cultura (Santos, B., 2004, p. 259), remetendo à hermenêutica diatópica, baseada na ideia de que determinada cultura incompleta não se percebe por si mesma. Para Boaventura de Souza Santos (2004, p. 256):

O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua por intermédio de um diálogo

que se desenrola, por assim dizer, com um pé em uma cultura e outro em outra.

Na perspectiva universalista multicultural de Boaventura de Souza Santos (2004), pretende-se assegurar a visibilidade das culturas marginalizadas não necessariamente pela perspectiva da inclusão, mas por meio do diálogo cultural, que favorece a formação de alianças e gera a tolerância, numa perspectiva inclusive ética e, por que não dizer, solidária.

Para se adequar a uma compreensão da teoria dos direitos humanos, estabelece-se um padrão que toma como base o estudo comparado dos ordenamentos, o que enseja a construção de categorias, conceitos e princípios relativamente constantes e favorece os elementos solidariedade e tolerância que permitem a verificação de soluções propostas em outros quadrantes para problemas semelhantes (Galindo, 2006).

A teoria intercultural é pluralista, pois reconhece a pluralidade dos grupos humanos e estabelece interseções nas diversas formas de se vivenciarem os direitos humanos (o que não é empreendimento simples). A pluralidade enseja abordagem teórica igualmente plural, o que enfatiza a necessidade de busca por propostas de soluções diversas à relação entre grupos humanos nos mais variados contextos, mas que se certifica de possibilitar uma compreensão individual da pluralidade de sujeitos de modo a estabelecer dentro da complexidade cultural mecanismos universalizáveis capazes de garantir os elos de solidariedade e tolerância.

Na perspectiva multiculturalista de Boaventura de Souza Santos, há valores específicos que tendem à redução da pluralidade em face de uma política universalista (meramente formal), que seria incapaz de suavizar as nuances do cenário social contemporâneo. Os grupos excluídos são identificados sob as mais variadas formas: no que se refere à raça, ao local de moradia, à classe social, ao gênero, à orientação sexual, entre outras. Isso fundamenta e legitima uma preocupação contextualizada de cada um desses grupos no sentido de se efetivar a dignidade em dimensões amplas, favorecendo uma busca constante pela realização de um projeto de desenvolvimento não apenas numa perspectiva econômica, como se costuma mencionar, mas principalmente numa busca pessoal e coletiva pela realização de anseios comuns.

Na sua sistematização, Galindo (2006) ainda acrescenta o fundamento do universalismo, que não teria a pretensão unificadora. O universalismo, na teoria intercultural, é pautado no diálogo, pretendendo apenas retomar o núcleo (básico) das conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como especificado na tradição, no binômio “democracia e direitos humanos fundamentais”.

Ainda seriam fundamentos da teoria intercultural o particularismo e o contextualismo, que estariam interligados como características essenciais à realização da interação entre culturas a partir do diálogo, já que se configurariam elementos de imposição de respeito à perspectiva cultural do outro. Embora possa parecer contraditório afirmar que o universalismo conviva com o particularismo, a ideia é que haja uma compreensão universalista que seja adaptável aos particularismos culturais, com suficiente flexibilidade que permita o diálogo entre as culturas, de modo a se reconhecer e respeitar os contextos culturais de cada grupo. O fundamento do contextualismo tem como mote a necessidade de se evitar que haja importação pura e simples de institutos e concepções desenvolvidas em outros países sem a ponderação do contexto, o que pode conduzir a equívocos e imperfeições irremediáveis.

Pressupõe-se uma multiplicidade cultural que seria pautada nos pontos de interseção das diversas culturas, e, ao mesmo tempo, garante-se flexibilidade suficiente para deixar em aberto às particularidades, que devem ser examinadas por uma doutrina própria de cada nação ou grupo, de modo a conservar um mínimo pautado na democracia, nas liberdades civis e políticas, fundadas num diálogo intercultural (crítico, aberto, plural, universalista, plural e contextualista) que funcionaria como ponto de partida para uma compreensão mais humana dos direitos humanos.

Fica clara a tentativa de assimilar uma forma ampla de ajustar os direitos humanos a uma realidade múltipla, o que esvazia seu objetivo, mas que não prescinde de algumas ponderações. Inicialmente, não se pode afastar a ideia ligada à compreensão universalista de que os direitos humanos decorrem da dignidade humana como valor intrínseco ao ser humano, compreendido como um mínimo

ético irredutível. Esse entendimento reforça a ideia de que a prática da legislação não deve ater-se apenas à validade ética dos textos normativos que tratam dos direitos humanos. Ao contrário, como observa Habermas, deve ser reconhecida a:

complexa pretensão de validade de normas jurídicas pode ser entendida como a pretensão de levar em conta, em primeiro lugar, os interesses parciais afirmados estrategicamente, de modo que estes se combinem com o bem comum; em segundo lugar, de recuperar princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por constelações particulares de valores (HABERMAS, 1997, p. 351).

Na compreensão relativista, a noção de direitos humanos fica restrita ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. “Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade” (PIOVESAN, 2006, p. 12). O relativismo, muitas vezes, acaba por ser utilizado pelas elites políticas de Estados que nem mais sequer são enraizados em sua cultura como meio de manipulação política.

os chamados “relativistas”, ao assumirem posição dogmática própria de sua cosmovisão, e ao fazerem abstração dos avanços dos direitos humanos, não parecem dar-se conta de que, com sua postura, podem estar convalidando – ainda que não seja esta a sua intenção – práticas violatórias dos direitos humanos (TRINDADE, 2003, p. 389).

O relativismo cultural apresenta uma aplicação dos direitos humanos que impõe que sejam considerados, e aplicados, consoante os mais diferentes contextos culturais, dos mais diversos grupos sociais, independentemente

de qual seja o costume expresso como valor cultural. Há a imposição de uma variedade cultural que deve ser reputada válida sem que haja, em alguns casos, um padrão mínimo de proteção à dignidade humana. Não parece plausível, portanto, aceitar que em contextos atuais seja permitido a tribos indígenas sacrificar crianças gêmeas ou que tenham nascido com problemas de formação³, ou que seja natural permitir o casamento de crianças com adultos, ou ainda a amputação do órgão genital feminino.

As manifestações culturais que se sobrepõem aos direitos humanos, numa compreensão confluyente, são aquelas que garantem maior proteção ao ser humano num contexto amplo de reconhecimento de dignidade que supera uma visão relativista, que torna estáticos os seres humanos e os seus valores.

As culturas não são fechadas, imutáveis e homogêneas; elas estão abertas aos avanços no domínio dos direitos humanos, o que conduz a uma confluência universalista que torna possível a criação de uma cultura geral dos direitos humanos, componente essencial da identidade democrática das sociedades (TRINDADE, 2003, p. 393).

Com base numa compreensão cultural, os direitos humanos expressam-se na condição de pertencimento a uma comunidade, nação, estado, região etc., sendo exteriorizados por meio das tradições, como é o tratamento entre os pares ou qual o tratamento dispensado às minorias. O contexto cultural da realização dos direitos humanos, como efervescência que provoca transformações, passa pela prospecção sobre “que tipo de sociedade eles querem viver” (HABERMAS, 1997, p. 350).

³ Para uma visão mais aprofundada acerca do infanticídio e da discussão que permeia o relativismo cultural e o universalismo dos direitos humanos, ver o texto de Natália França Santos (2011).

Cabe aos direitos humanos, como instrumento de educação humana voltada reflexivamente para a sua eficácia, direcionar os meios adequados para a sua consolidação num contexto plural de respeito, solidariedade e tolerância, de modo que não sejam permitidos retrocessos em matéria de proteção à pessoa.

Na realidade, como bem observa Boaventura Santos (2004, p. 252), há que ser superado o enfrentamento entre o universalismo e o relativismo, a partir da mudança de paradigma para uma compreensão cosmopolita dos direitos humanos que possibilite a todas as culturas ter concepções distintas de dignidade, que sejam reconhecidamente incompletas, para que se possibilite o diálogo intercultural.

Na realidade, a compreensão universal não pode ser tida unicamente como pressuposto de relacionamento intercultural, mas sim uma perspectiva teleológica da solidariedade e tolerância do diálogo intercultural que tem como pressuposto os direitos humanos.

No mesmo mote de reflexão, uma compreensão universal dos direitos humanos pode ser plenamente possível a partir de uma teoria contextualista. Quando se parte de uma descrição dos valores mais amplos que se pretende albergar de modo a serem comportadas exclusivamente, as teorias menos condizentes com a realidade de cada contexto social são substituídas por outras razões normativas e sociais mais coerentes com os fatos que pretendem explicar com base numa pluralidade de prescrições. Trata-se de escolhas baseadas em valores, as quais se apresentam a partir de contextos morais os mais diversos e que podem ser propostos conforme a perspectiva social na qual cada indivíduo se coloca.

Para Boaventura de Souza Santos, a hermenêutica diatópica dos direitos humanos deve ser pautada numa perspectiva diferenciada na qual o conhecimento seja produzido de forma

coletiva, participativa, interativa, intersubjetiva e reticular, baseado em trocas cognitivas e afetivas que avancem na perspectiva de outras culturas como um meio de integração (SANTOS, B., 2004, p. 263-265).

Nesse sentido, ao tratar dos direitos humanos, Abdullah Ahmed An-na'im ilustra, baseado numa nova interpretação do islamismo, a possibilidade de diálogo entre culturas mediante a adoção de uma versão contextual que inclua a diversidade como base para a convivência humana. Ele afirma que o contexto de transformação social diante da interação global é representado pela inclusão das mulheres no mercado de trabalho e em universidades, apresentando-se como proposta de abordagem evolucionista, crítica e contextual da tradição islâmica, a partir da ideia dos direitos humanos.

A diversidade cultural deve ser encarada não como obstáculo aos direitos humanos, mas como sustentáculo das raízes dos povos que ensajem o respeito e a solidariedade, capaz de conduzir à realização das aspirações individuais, não podendo ser manejadas como instrumentos de justificação ou acobertamento de violações aos direitos humanos.

Os direitos humanos devem ser pautados num universalismo de confluência que resgate os valores particulares dos grupos e promova uma ampla gama de direitos que servem de garantia nos mais diversos contextos à realização da dignidade humana. Deve ser descartada, portanto, a ideia universal dos direitos humanos que é ligada a ideias utilitaristas, que servem de pretexto a interesses econômicos que descartam a situação jurídica dos povos, em que o que é realmente universal é o mercado “que forma o fundamento de todos os direitos, incluindo os direitos humanos elementares” (KURZ, 2003?).

A ordem jurídica não deve ser identificada como exercício do poder político baseado apenas na força de uma autoridade estatal pré-constituída em relação ao consenso dos cidadãos e no qual o poder político se configura apenas como “monopólio público da força” (CERRONI, 1990, p. 23). O *telos* dos direitos humanos aparece como corolário da soberania do povo, promovendo ideias a cuja luz ainda se torne possível justificar a existência do Direito, para além do monopólio da força, e conceber as culturas como contributos à universalidade dos direitos.

Nesse sentido, os direitos humanos não podem ser tomados como simples moldura normativa, o “sistema judicial não pode garantir os direitos humanos se não se inscreve em um aparato estatal que tenha esse propósito como vontade política central” (BULTÉ, 1992, p. 13), pautada no reconhecimento de particularidades humanas que se manifestam numa consciência universal, tanto é que os direitos humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos são invocados perante tribunais de inúmeros países.

Os direitos humanos, tão criticados e violados, são amplamente conhecidos e apregoados: o direito à vida, à liberdade, à segurança, à não discriminação, ao julgamento justo, à reunião, à locomoção, à participação política, ao trabalho e ao repouso, dentre inúmeros outros. Esses direitos tornaram-se a chave de uma revolução jurídica, que a despeito de ser substancialmente implementada quando da sua proclamação na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, tornaram-se bandeira de luta e de resistência em muitos países africanos e asiáticos durante a luta pela descolonização, e entraram, mesmo que paulatinamente, nos seus ordenamentos jurídicos.

Como bem pontua Sorto (2008, p. 9-34), aos direitos humanos elencados na Declaração reconhece-se abertura para a sua efetivação paulatina e constante, servindo de baliza ética que permite a perenidade de sua autoridade moral. E isso é fruto do universalismo intercultural pautado numa contextualização de lutas sociais, muito embora ainda sejam claras as considerações dos grupos minoritários que buscam inserção social em suas reivindicações.

Os movimentos sociais, por sua vez, têm promovido uma constante busca crítica e consciente em torno da importância dos direitos humanos, não apenas como deveres do Estado, mas como instrumento de superação de uma tradição individualista. As lutas de cada um dos grupos que anseiam pelo reconhecimento e efetivação de direitos (como as mulheres, homossexuais, negros, quilombolas, indígenas) permitem que haja uma ampliação constante e progressiva dos reais valores que servem de parâmetro para a construção da dignidade humana.

Supera-se, pois, a ideia das tradicionais “liberdades formais” acrescentando-se normas relativas à promoção de liberdades “positivas”

e de uma “igualdade substancial” que surge de uma multiplicação dos espaços jurídicos e políticos para a atividade de organizações políticas, de associações e de movimentos que corroboram a ideia de democracia feita pelo e com o cidadão, que consubstancia um circuito integrado de instituições e movimentos (CERRONI, 1990, p. 26).

Trindade (2003, p. 308-309) assinala como ponto confluyente dessa universalidade o exemplo da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989 – cujos trabalhos preparatórios foram iniciados com o temor de que a influência ocidental dominasse –, que acabou por ser constituída com base em inúmeros elementos de diversas culturas, principalmente a islâmica (que, a despeito das divergências quanto a institutos jurídicos como a adoção e liberdade de religião, por exemplo, acabou por consolidar um grande avanço), que contribuiu com a inserção do direito à assistência especial à criança, derivado da *kafalah*, o que reforça o importante papel da interculturalidade firmada numa universalidade confluyente.

A diversidade de culturas enseja, como se pode imaginar, num contexto de globalização e relativização de valores, um cuidado especial que não olvide o tratamento diferenciado de pessoas que integram minorias, para considerar os meios de proteção à identidade cultural, a não discriminação, a igualdade e a liberdade, impondo-se, portanto, o resgate da responsabilidade do Estado pela vigilância dos direitos humanos, inclusive os econômicos, sociais e culturais (TRINDADE, 2003, p. 335).

Por essa razão, é muito mais coerente e razoável uma proposta que favoreça o reconhecimento dos direitos humanos como conquistas históricas que extrapolam qualquer tipo de categorização religiosa ou metafísica; que

promova a abertura das culturas às necessidades dos tempos; que leve à promoção da dignidade, sem imposições imperialistas; que garanta a inclusão de direitos reconhecidos nos documentos internacionais dos direitos humanos nas legislações nacionais sob a perspectiva de uma compreensão pautada na solidariedade.

5. Conclusão

É imperioso que a discussão em torno da universalidade dos direitos humanos seja concebida de modo coerente com a proposta de reconhecimento da centralidade da dignidade da pessoa humana. Na realidade, a questão acerca da universalidade como característica dos direitos humanos está superada quando se reconhece que o fundamento de sua existência é a dignidade humana.

A dignidade humana constitui o cerne dos direitos humanos, em virtude do qual são asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana que possibilitam a realização integral da pessoa. Mesmo para os relativistas, a compreensão de dignidade como centro da ideia de proteção dos direitos humanos é considerada como mínimo ético a ser respeitado.

Há que se reconhecer também a globalização como fato infastável: é forçoso admitir que a ideia dos direitos humanos atinge diversos grupos e civilizações, superando as suas próprias origens históricas ligadas ao reconhecimento de uma liderança econômica global e acompanhando as lutas e conquistas dos movimentos sociais. Cabendo aduzir ainda que, mesmo à sua maneira, os grupos mais resistentes à ideia dos direitos humanos têm-se a cada dia mais aproximado do texto das declarações ocidentais.

O diálogo pautado na solidariedade é a chave da construção do futuro dos direitos humanos alicerçado num marco universalista que engloba as conquistas históricas e as peculiaridades contextuais (que funcionam como proteção ao imperialismo), em que a reciprocidade entre os diferentes núcleos sociais, formados por inúmeras formas de cultura, reforça a tolerância e o respeito.

Os direitos humanos devem ser vistos como bandeira de luta para a equalização de todos os sujeitos – independentemente de sexo, raça, credo, convicção política, profissão de fé, orientação sexual etc. –, o que reforça as ideias multiculturais que orientam a hermenêutica dos direitos humanos para um universalismo de confluência, ponto de chegada da implementação, realização e efetivação dos direitos humanos fundadas na ideia de solidariedade. Essa luta, sim, é universal.

Sobre o autor

Jailton Macena de Araújo é doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; professor vinculado ao Departamento de Direito Processual e Prática Jurídica do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; advogado.

E-mail: jailtonma@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴

HUMAN RIGHTS AND SOLIDARITY: BETWEEN UNIVERSALISM AND RELATIVISM FOR A DIALOGIC THEORY OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: Despite the theoretical debates between universalists and relativists about human rights (in which those hawking a generalization of moral values of Western root, as they stay themselves on the cultural characteristics of each civilization, rejecting this universal influence), some challenges have been raised towards a match between these two understandings (so as not to establish a cultural affront that aims to disseminate the Western liberal idea either flogged minimum rights, essentially linked to a hard core that firm on the idea of dignity). In this context, it seeks to assert about the possibility of establishing a dialogic proposal that recognizes the deficiency of human rights when they are outlined as mere normative provision devoid of efficacy, compared to a reality increasingly plural and lacking in tolerance. Faced with this crisis level and lost illusions in which they are human rights, we intend to conduct a founded discussion on the theory of settled human rights in the idea of solidarity, understood as a commitment of each one with the welfare of all subjects, this in order to open possibilities about the future of human rights.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS. SOLIDARITY. UNIVERSALISM. RELATIVISM. DIALOGUE.

Como citar este artigo

(ABNT)

ARAÚJO, Jailton Macena de. Direitos humanos e solidariedade: entre o universalismo e o relativismo por uma teoria dialógica dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 155-179, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p155>.

(APA)

Araújo, Jailton Macena de. (2016). Direitos humanos e solidariedade: entre o universalismo e o relativismo por uma teoria dialógica dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 155-179. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p155

⁴ Sem revisão do editor.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALTHUSSER, Louis. *A favor de Marx*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel?. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 270-308.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BULTÉ, Julio Fernández. Reflexiones acerca del estado de derecho. *Revista Cubana de Derecho*, n. 6, p. 9-19, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CATÃO, Adrualdo de Lima. A fundamentação dos direitos humanos. In: FREITAS, Lorena. FEITOSA, Enoque (Org.). *Marxismo, realismo e direitos humanos*. João Pessoa: UFPB, 2012. p. 283-305.
- CERRONI, Umberto. Liberalismo e socialismo. *Revista Novos Rumos*, v. 5, n. 18-19, p. 19-30, 1990.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Porto Alegre: Unisinos, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FEITOSA, Enoque. Ética e direito: acerca da (suposta) existência de valores prévios e superiores na forma jurídica. In: FEITOSA, Enoque et al. *O judiciário e o discurso jurídico dos direitos humanos*. Recife: UFPE, 2012. p. 25-42.
- FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento: limites e confrontações. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer et al. *Direitos humanos e solidariedade: avanços e impasses*. Curitiba: Appris, 2013. p. 171-240.
- FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos direitos humanos. In: FREITAS, Lorena. FEITOSA, Enoque (Org.). *Marxismo, realismo e direitos humanos*. João Pessoa: UFPB, 2012. p. 226-240.
- GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *O Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- KURZ, Robert. *Paradoxos dos direitos humanos*. [2003?] Disponível em: <http://www.adur-rj.org.br/5com/pop-up/paradoxos_direitos_humanos.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Caderno de direito constitucional: direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.

POGREBINSCHI, Thamy. Emancipação política, direito de resistência e direitos humanos em Robespierre e Marx. *Dados*, v. 46, n. 1, p. 129-152, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 239-278.

SANTOS, Natália de França. O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. *Derecho y cambio social*, v. 8, n. 25, 2011. Disponível em: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/CARATULA.htm>>. Acesso em: 28 set. 2016.

SCHEREN-WARREN, Ilse. A ação cidadã no combate à pobreza. In: GAIGER, Luiz Inácio (Org.). *Formas de combate e de resistência à pobreza*. São Leopoldo: Unisinos, 1996, p. 13-22.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendes. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORTO, Fredys Orlando. A declaração universal dos direitos humanos no seu sexagésimo aniversário. *Verba Juris*, v. 7, n. 7, p. 9-34, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A universalidade dos direitos humanos e os particularismos culturais. In: _____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003. p.301-403, v. 3.

Uniformização da legislação dos tribunais de contas

DORIS T. P. C. DE MIRANDA COUTINHO

Resumo: O presente artigo aborda o cenário legislativo atual no tocante ao controle externo e à necessidade de elaboração de uma lei geral de processo de contas. Para tanto, destringe preliminarmente o âmbito de atuação dos tribunais de contas positivados pela Constituição Federal. Aponta, em seguida, as vantagens advindas da instituição de normas gerais de processo de controle externo para, no fim, apontar a natureza jurídica *sui generis* dos processos de contas, distinguindo-os dos outros tipos de processos (judicial, legislativo e administrativo). Discorre também sobre as funções estatais republicanas e situa os tribunais de contas dentro do panorama institucional advindo da Carta Magna Cidadã de 1988.

Palavras-chave: Direito constitucional. Controle externo. Tribunal de contas. Processo de contas. Direito comparado.

Introdução

A uniformização das normas atinentes ao processo de controle externo¹ no âmbito de tribunais de contas desperta inexpressiva produção acadêmica na seara jurídica. Essa circunstância decorre de um posicionamento tradicional – e equivocado – da doutrina e da jurisprudência de vislumbrar as cortes de contas como órgãos integrantes do Poder Legislativo e, para parte delas, a ele subordinado. Não se reconhece o protagonismo do controle externo exercido pelos tribunais de contas, instrumento indispensável ao amparo técnico do Legislativo e fundamental para o fomento do controle interno da Administração Pública e, sobretudo, do controle social.

Recebido em 17/10/16
Aprovado em 3/11/16

¹Neste trabalho, serão adotados como sinônimos os termos “processo de controle externo” e “processo de contas”.

Além disso, essa escassez de estudos a respeito do controle externo decorre também do fato de a doutrina e a jurisprudência resistirem a reconhecer a natureza *sui generis* do processo de contas, devido à ausência de sua menção explícita na Constituição Federal. Ocorre que, como se esposará no presente artigo, a Carta Magna reconhece o controle externo como função republicana independente e destina o seu exercício a um órgão técnico, revestindo-o de garantias institucionais de atuação (art. 73 da CF).

Preliminarmente, importa elucidar que o controle externo desempenhado pelos tribunais de contas se ramifica em diversas atividades: prestação de contas de governo, sujeita a emissão de parecer prévio (art. 71, I, da CF); julgamento da prestação de contas de ordenadores de despesas e de irregularidades que resultem em perda, extravio ou outra forma de prejuízo ao erário (art. 71, II, da CF); apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, reformas e pensões (art. 71, III, da CF); inspeções e auditorias (art. 71, IV, da CF); fiscalização das contas das empresas de cujo capital social a União (ou Estados e Municípios) participe (art. 71, V, da CF); fiscalização da aplicação dos recursos repassados pela União ou pelos Estados, no caso dos tribunais de contas estaduais, art. 71, VI, da CF), entre outras.

As funções exercidas pelas cortes de contas são ora complementares (art. 71, incisos I, III, IV, VII e X, da CF), ora exclusivas (art. 71, incisos II, V, VI, VIII, IX e XI, da CF), sem qualquer restrição ou intervenção do parlamento. Nesse sentido, Carlos Ayres Britto acrescenta:

Não que a função de julgamento de contas seja desconhecida das Casas Legislativas [art. 49, IX, da CF]. Mas é que os julgamentos legislativos se dão por um critério

subjetivo de conveniência e oportunidade, critério esse que é forma discricionária de avaliar fatos e pessoas. Ao contrário, pois, dos julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas, que só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica; isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais (BRITTO, 2001, p. 2).

Apesar disso, o ordenamento jurídico brasileiro carece até hoje de uma regulamentação nacional orientada a uniformizar as garantias processuais das partes sujeitas ao controle externo (art. 73 c/c 96, inc. I, da CF), tanto no tocante ao exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio técnico do Tribunal de Contas da União, quanto no atinente ao desempenhado exclusivamente pelas cortes de contas. Essa ausência de regramento geral ocasiona inúmeros dissabores de ordem técnica, tais como fragilidade da segurança jurídica, ausência de isonomia, fragmentação de esforços para o aperfeiçoamento normativo dos processos de contas, entre outros.

Com vistas a solucionar essa problemática jurídica, propôs-se no Congresso Nacional um Projeto de Emenda à Constituição (PEC nº 40/2016, de autoria do Senador Ricardo Ferraço) que institui uma ordenação uníssona dos processos de controle externo. Por essa razão, recebeu a denominação de “PEC do padrão mínimo do controle externo”, uma vez que se orienta a regulamentar essa função estatal, tão cara à estrutura republicana.

Pelo projeto, a Lei Maior positivaria a competência concorrente da União para legislar acerca dos processos de controle externo, por meio da inclusão de um inciso no art. 24 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...] XVII: processo de controle externo no âmbi-

to dos Tribunais de Contas” (BRASIL, 1988). Para tanto, competiria à União a elaboração de normas gerais (art. 24, §1º, da CF), por meio de lei complementar, destinada a consubstanciar prazos e procedimentos de controle externo não apenas dos tribunais de contas, como também dos órgãos do Poder Legislativo, no tocante ao julgamento dos pareceres prévios.

Nesse sentido, fortificar-se-ia a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial (art. 71, *caput* e incisos, da CF), desempenhada pelas cortes de contas em conjunto com os órgãos de representação político-legislativa, uma vez que, caso aprovado esse projeto de emenda constitucional, seriam instituídos parâmetros comuns para a conclusão dessas atividades, conforme elucidado por José Maurício Conti:

Relevante destacar que o sistema de controle externo das contas públicas, de titularidade do Poder Legislativo, exercido com o auxílio dos tribunais de contas, é organizado de acordo com nosso sistema federativo. [...] [as Cortes de Contas] atuam e se organizam de forma independente, uma vez que o Tribunal de Contas da União não é instância recursal das decisões dos demais tribunais de contas [...]. Com isso, os tribunais de contas têm elevada autonomia para decidir sobre suas questões internas [...] [isso] gera uma falta de uniformidade de organização e procedimentos, muitas vezes causando transtornos às partes envolvidas e insegurança jurídica (CONTI, 2016).

Hoje, cada unidade da federação tem sua regulamentação própria dos procedimentos de controle externo realizados pelas respectivas cortes de contas: Lei Federal nº 8.443/92, referente ao Tribunal de Contas da União; Lei Estadual/TO nº 1.284/2001, referente ao TCE/TO; Lei Complementar/MT nº 269/2007, atinente ao TCE/MT; Lei Complementar/SP nº 709/1993, relativa ao

TCE/SP; Lei Complementar/RJ nº 63/1990, pertinente ao TCE/RJ; Lei Complementar/MG nº 102/2008, tocante ao TCE/MG, entre outras.

Essa variação legislativa expressiva acentua a ineficiência da atuação do controle externo técnico, exercido pelas cortes de contas, uma vez que fragmenta os esforços de aperfeiçoamento desses órgãos, bem como gera percalços jurídicos aos gestores, sujeitos a regramentos distintos, conforme será abordado ao longo do presente trabalho.

1. Fundamento legal para elaboração de um processo de contas

Odillon Cavallari de Oliveira (2008, p. 17) se posiciona no sentido de que a elaboração de normas gerais para os processos de controle externo encontra respaldo constitucional no art. 163, V, da Lei Maior. Conforme defende, a elaboração de uma lei nacional não feriria o pacto federativo, porquanto advém da Constituição Federal a possibilidade de disciplinar a fiscalização financeira da administração pública direta e indireta, exercida pelos tribunais de contas.

De outro lado, o autor atenta para o fato de que o art. 22, I, da CF tem como “destinatário o processo judicial, em face da unidade do Poder Judiciário, conforme pacífica doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (OLIVEIRA, 2008, p. 14). Do mesmo modo, a ausência de previsão expressa da Carta Magna do termo “processo de contas” ou “processo de controle externo” impossibilita a alusão ao art. 24, XI, da CF, uma vez que “o procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO apud OLIVEIRA, 2008, p. 15).

O artigo de Odillon Cavallari de Oliveira é anterior à PEC nº 40/2016, o que, por si só, não o desqualifica. No entanto, a via eleita pela “PEC do padrão mínimo” é mais eficiente, porque, com a menção expressa à competência da União para elaboração de normas gerais de processos de contas por meio da inclusão do inciso XVII no artigo 24 da CF, cessariam as dúvidas.

Ocorre que, mesmo em face da desaprovação da PEC ou da inércia do Legislativo nacional em votá-lo, o ordenamento jurídico constitucional atualmente já admite a promulgação de um Código de Processo de Contas (art. 24, I c/c art. 163, V, da CF). Superada essa questão, cabe ainda, no presente trabalho, discorrer sobre as vantagens advindas da aprovação de um Processo de Controle Externo.

2. Razões para elaboração de uma lei nacional de processo de controle externo

2.1. Segurança jurídica

Seriam inúmeros os benefícios provenientes de uma lei processual com eficácia nacional, aplicável a todos os tribunais de contas, tanto ao da União, quanto aos dos Estados e dos Municípios. O primeiro e mais basilar propósito da uniformização da lei reguladora dos processos de controle externo assenta-se na necessidade de firmar diretrizes jurídicas uníssonas e comuns a todos os órgãos julgadores de contas como forma de concretizar a segurança jurídica e, de maneira homogênea, os direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico destina-se a conferir segurança jurídica à vida em sociedade. Essa é a real essência do Estado de direito, uma vez que elimina a possibilidade de arbi-

trio no exercício do poder público, porquanto o coloca como atividade legalmente vinculada e, conseqüentemente, ratifica os direitos individuais dos membros da sociedade. Por isso, a segurança jurídica apresenta-se como via inescapável para pacificação dos conflitos, de modo a reduzir as arbitrariedades e as manifestações abusivas do poder, estendendo-se a todos os aspectos da vida normativa de um Estado de direito.

Para o real estabelecimento de um Estado de direito, impõe-se como necessária a consolidação de procedimentos equânimes, de modo que o tratamento do mérito sob julgamento permaneça sujeito à mesma normativa processual. Nesse sentido, o processo firma-se como meio procedimental de garantia ao indivíduo.

Reiteram essa linha de entendimento João Alberto de Almeida e Thiago Carlos de Souza Brito (2010, p. 186), para os quais a segurança jurídica firma-se na “necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais”. Por isso, o devido processo legal perpassa a previsibilidade do procedimento como forma de incorporar ao processo legalidade e, sobretudo, legitimidade.

Nada obstante o princípio da segurança jurídica condensar-se, em maior expressão, sob a necessidade de “simplicidade, clareza, precisão e acuidade quando da elaboração da lei” (ALMEIDA; BRITO, 2010, p. 191), o mesmo se estabelece, também, quando o sistema jurídico se constrói harmonicamente. Para tanto, o ordenamento jurídico deve ser coeso e claro.

Lucas de Laurentiis e Roberto Silva discorrem a respeito da qualidade legislativa, destacando o fenômeno da inflação legislativa:

Ao mesmo tempo, a grande quantidade de leis e normas jurídicas torna a interpretação

dos dispositivos mais complexa e, por que não dizer, praticamente inacessível ao cidadão comum. O paradoxo democrático criado por tal situação é patente, pois o real destinatário das normas, aquele que sofre com suas consequências e efeitos, não tem mais acesso ao seu conteúdo (LAURENTIIS; SILVA, 2015, p. 169).

Não obstante os mencionados autores estarem aludindo às especificidades da regulação econômica, em que “a generalidade e a universalidade são substituídas pela tecnicidade da regulação dos mais diversos aspectos da vida social” (LAURENTIIS; SILVA, 2015, p. 169), a realidade normativa dos processos de contas subsiste sob o mesmo cenário, não pelos excessos legislativos decorrentes da pluralidade de demanda, e sim pela omissão legislativa do Congresso Nacional em levar a cabo a regulamentação em âmbito nacional da função de controle externo, sob o prisma do processo e procedimento a ele correlatos. Assim, os gestores e todos os profissionais relacionados à área de controle externo se sujeitam a um emaranhado legislativo isolado e, em certa medida, disfuncional.

Para o fortalecimento da segurança jurídica, exige-se a elaboração de normas concisas e claras, consoante repisam Lucas de Laurentiis e Roberto Silva:

Diretamente relacionadas a esse debate estão a codificação e a homogeneidade das matérias constantes de leis. Codificar significa, antes de mais nada, agrupar leis esparsas. A importância dessa dimensão técnica legislativa reside na simplificação da compreensão dos textos e na uniformização de conceitos legais. Enquanto a dimensão da coerência redacional foca a estrutura interna dos dispositivos legais, a codificação refere-se também à coerência dos conteúdos dos diversos dispositivos da lei (LAURENTIIS; SILVA, 2015, p. 173).

Na mesma linha, Antônio Carlos Morato (2003, p. 103) deslinda a questão, ao afirmar que “a codificação, observada quanto à sua funcionalidade, consistiria na reunião em texto único, de forma metódica e homogênea, de uma série de normas relativas a certo ramo do Direito”. De igual modo, o debate a respeito da necessidade de promulgação de uma lei nacional de processo de contas abre margem para deliberar a propósito de sua estrutura normativa.

2.2. Precedentes de controle externo

Para a adequada abordagem do assunto, impõe distinguir função e competência. Nas palavras de Carlos Ayres Britto (2001, p. 6), “a função é uma só, [o controle externo], e as competências são múltiplas”. Entre as competências atinentes ao controle externo, encontram-se as de exercício exclusivo pelas cortes de contas, entre elas a de julgar (art. 71, II e VIII, da CF) os responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos (art. 70, parágrafo único, da CF). Nesse sentido, em paralelo à uniformização dos procedimentos processuais de controle externo, mostra-se igualmente necessária a padronização dos julgados das cortes de contas.

Entretanto, a ausência de lei uniformizadora de processos de contas impede, em muitos casos, a formação de um sistema de precedentes de controle externo (art. 93, IX, da CF c/c art. 926 e 927, do CPC). Essa impossibilidade decorre do fato de que, ante a existência de regramentos distintos em cada tribunal de contas, uma corte de contas não pode subsidiar seu entendimento em decisão de outra, quando se trata de um julgamento de algum instrumento processual não previsto no seu respectivo regramento. A elaboração de uma lei nacional, por conseguinte, possibi-

litaria a estruturação de um sistema de precedentes de controle externo, fundamental à segurança jurídica dos gestores públicos, de modo a reforçar-se, inclusive, o caráter técnico dos julgamentos procedidos pelas cortes de contas.

2.3. Isonomia

A regulamentação homogênea dos processos de controle externo consolidará um tratamento isonômico dos tribunais de contas quando do julgamento dos gestores públicos.

Não se está a consignar que os julgamentos proferidos pelas cortes de contas do Brasil não são válidos ou mesmo que não se alicerçam, na prática, em normas isonômicas. O que se está a aduzir é que a inexistência de norma regulamentadora comum aos processos de controle externo fragmenta em ritos distintos e específicos algo que deveria ser uniforme: o processo de contas. De igual modo, abre margem a uma atuação díspar, decorrente de preceitos legais igualmente distintos, dando margem, com isso, a uma disfuncionalidade.

A isonomia não resta configurada no mais pleno e adequado sentido, quando se observa que os gestores públicos, todos dispendo da mesma condição de administradores públicos (art. 76 c/c art. 84, inc. II e art. 87, inc. I, da CF), e prestando contas por determinação constitucional expressa no art. 34, VII, “d”, da CF, sujeitam-se a regras procedimentais distintas.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do princípio da isonomia, defende que o desnivelamento e o tratamento jurídico distinto mostram-se necessários somente quanto da existência, em abstrato, de “uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica” (MELLO apud CARVALHO, 2009, p. 794). Por isso, nada justifica o desnivelamento atual, que se apresenta como produto da omissão legislativa.

A igualdade está insculpida no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Dentre os múltiplos aspectos do Princípio da Igualdade, interessa ao presente artigo a dimensão processual. O ordenamento jurídico pátrio preceitua o igual tratamento, “a menos que e enquanto não existir uma justificação para tratá-las de modo desigual: [...] importa conhecer os fatores de desnivelamento” (CARVALHO, 2009, p. 793).

Não se perca de vista, inclusive, a circunstância na qual um mesmo gestor presta contas a diferentes tribunais de contas. Nesse cenário, ele

estará sujeito a ordenações díspares de processo de contas, porquanto, em face da ausência de normas gerais de eficácia nacional, cada corte de contas tem uma regulamentação processual própria. Observa-se, com isso, uma evidente insegurança jurídica e um tratamento à margem da isonomia.

Nesse tocante, compartilho do entendimento de Odillon Cavallari de Oliveira, para o qual a lei geral de controle externo deverá regulamentar uniformemente os seguintes aspectos: “a) estabelecimento de diretrizes e bases para o processo fiscalizatório de contas; b) admissão e disciplina de medidas cautelares; c) defesa contra atos atentatórios à dignidade da fiscalização; d) modulação dos efeitos das decisões dos tribunais de contas; e) previsão de auditorias no campo da gestão ambiental e na atividade regulatória; f) prestação de contas ao parlamento” (OLIVEIRA, 2008, p. 17).

2.4. Princípio da prestação de contas e simetria de atuação dos tribunais de contas

O dever de prestar contas (art. 34, VII, “d”, da CF), geral e abstrato, não somente impõe estabelecer um tratamento igualitário dos tribunais de contas com relação aos gestores públicos, como também determina uma atuação simétrica das cortes de contas, em consonância com o preceituado na Lei Maior (art. 75, da CF).

O constituinte originário elevou o controle externo a uma função precípua do Estado republicano e, para tanto, subsidiou a criação de uma rede de controle, exercida tecnicamente pelas cortes de contas (art. 71, da CF), em condições de similitude (princípio da simetria) no tocante não meramente à estrutura orgânica, como também – e sobretudo –, à fiscalização (art. 75, *caput*, da CF). Paulo Mascarenhas (2010) aponta que, “segundo o princípio da simetria constitucional, deve haver uma relação de simetria entre as normas do ordenamento jurídico brasileiro nas três esferas de governo: União, Estados e Municípios”.

2.5. Concentração de esforços para o aperfeiçoamento normativo e institucional

A elaboração de uma lei geral, única e uniformizadora do procedimento processual no âmbito dos tribunais de contas teria o condão de reunir esforços no Congresso Nacional, tanto quando da sua elaboração, quanto posteriormente, uma vez que o aperfeiçoamento dos procedimentos é intermitente, sem uma continuidade perene. Atualmente, em decorrência da fragmentação dos procedimentos em leis estaduais,

os esforços de aperfeiçoamento normativo igualmente se desagregam, contribuindo para o isolamento dos tribunais de contas nos respectivos redutos estaduais.

Nesse aspecto, para além da estruturação orgânica das cortes de contas, essa, sim, expressão da autonomia institucional desses órgãos (e, por isso, expressão da autonomia federativa), conforme define o art. 73 c/c art. 75, da CF, o controle externo se situa dentro do panorama de desenvolvimento nacional, por meio das funções estatais precípuas e, por essa razão, necessária se mostra a concentração de esforços para o seu aperfeiçoamento. Bruno Meyerhof Salama (2011, p. 22), em artigo, ressalta o papel institucional e a *rule of law* como meio de desenvolvimento (entendido como processo de transformação social) de um País.

A inserção do debate acerca da necessidade de elaboração de normas gerais de processo de controle externo, dentro do panorama de aprimoramento institucional, apresenta relevo, uma vez que se constata no Brasil um cenário de “inflação legislativa, [...] decorrente quer da proliferação de demandas especializadas, quer da elaboração de propostas de lei sem relevância prática ou institucional” (LAURENTIIS; SILVA, 2015, p. 169).

A concentração de esforços encontra fundamento na mesma perspectiva de análise traçada por Bruno Salama, uma vez que, não obstante o referido autor comparar países com relação a seus respectivos sistemas político-institucionais e econômicos, a mesma discrepância institucional existe também quando comparadas as diversas regiões do Brasil, o que torna válida e atual a lição:

Cada um dos sistemas está integrado a uma ordem social com uma lógica própria. Por isso, o mesmo arranjo institucional – por exemplo, o mesmo código civil ou o mesmo sistema político – funciona de forma diferente em cada um dos ambientes (SALAMA, 2011, p. 34).

Significa dizer que o controle externo técnico, função republicana essencial, exercido pelo tribunal de contas nas balizas da Constituição Federal (art. 70 c/c 71 da CF), não pode sujeitar-se a realidades regionais quando da sua elaboração e aperfeiçoamento e, assim como em relação a outras funções estatais de caráter nacional (a função jurisdicional, por exemplo), o debate e o esforço para seu aperfeiçoamento devem dar-se de maneira uniforme e em nível nacional.

Ademais, a ausência de normas uniformizadoras do trâmite processual no âmbito de tribunais de contas apenas evidencia o distanciamento dos legisladores nacionais dos compromissos intrínsecos do regime republicano, cabendo questionar, nessa mesma toada, o compromisso

do Poder Legislativo com essa pauta, dado que o controle se projeta justamente sobre o exercício do poder político.

2.6. Facilitação do estudo do processo de contas como ramo específico do direito processual

Outro benefício da elaboração de normas gerais reguladoras do processo de contas seria a facilitação do estudo do controle externo. Nesse sentido, é importante perceber que essa função estatal, tão inafastável e elementar aos propósitos do regime republicano, é preterida dentro do ensino jurídico. E a ausência de um código de contas contribui decisivamente para isso, tanto quanto o isolamento das cortes de contas, desconhecidas por boa parte da população.

Cabe citar trecho de Miguel Serpa Lopes, no qual aduz que “nem só a unificação constitui o objetivo da codificação, como ainda o de salutarmente contribuir para maior facilidade e perfeição do estudo do Direito, por se encontrar estratificado em sistematização cientificamente ordenada” (LOPES apud MORATO, 2003, p. 104). Independentemente da possibilidade de elaboração das normas gerais de controle externo na estrutura de um código, a uniformização terá o condão de consolidar o estudo jurídico da atuação do controle externo nas faculdades de Direito do nosso país. Frise-se que o ensino acerca do controle externo permanece preterido dentro das grades curriculares das instituições de ensino, não contando com uma disciplina específica. Não raro, o conteúdo é suprimido das aulas das matérias afins (Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Financeiro).

Em pesquisa recente realizada pelo IBOPE (PARA BRASILEIROS, 2014), constatou-se que apenas 17% da população conhecem os

tribunais de contas e definem corretamente a sua atuação. Outros 15% da população afirmam conhecer as cortes de contas, porém não definem corretamente seu âmbito de atuação. A maioria da população (68%), no entanto, nem sequer conhece os tribunais de contas. Cabe uma reflexão: a que se deve esse amplo desconhecimento?

O ensino jurídico detém um protagonismo na difusão da atuação institucional dos órgãos públicos. Portanto, para além das implicações jurídicas dos gestores, sujeitos à atuação direta dos tribunais de contas, igualmente interessa a uniformização a toda a sociedade, porquanto é a destinatária direta dessa atividade de controle. O controle externo remete à coletividade, tanto porque o produto dele implica o aperfeiçoamento da Administração Pública, sobre o qual a comunidade merece ser informada, quanto porque o controle externo demanda uma atuação complementar do controle social.

2.7. Transparência e fomento do controle social

A uniformização dos processos de contas terá, para além da repercussão jurídica, um papel também educativo e de promoção do controle social, um dos princípios do controle externo merecedores de especial atenção do legislador. Percebe-se, portanto, que o controle social deita raízes também – e sobretudo – no processo legislativo, devendo dele participar ativamente.

Nesse diapasão, Bruno Meyerhof Salama elucida, inclusive, que “a mudança institucional não pode ser considerada apenas como uma variável exógena, isto é, externa à ordem social. [...] Um sistema político competitivo não se sustenta se for implantado de cima para baixo” (SALAMA, 2011, p. 34-35). A participação da sociedade mostra-se um meio ina-

fastável de alcance da eficiência de um sistema jurídico. De igual modo, Norberto Bobbio preceitua que “a democracia é idealmente o governo [...] cujos atos se desenrolam em público e *sob o controle da opinião pública*” (BOBBIO, 2015, p. 29, grifo nosso).

Ocorre que o controle social não se ergue fortuitamente. Ao contrário, a participação social na vida pública se manifesta somente quando há oportunidade de participação efetiva, com espaço e consciência. Nas palavras de Norberto Bobbio (2015, p. 48), “permitir que se saiba depende esteja em condições de bem compreender”. E completa:

Em sentido metafórico, o mascaramento ocorre sobretudo mediante a linguagem, que, sendo oportunamente usada, permite ocultar o pensamento. Esse ocultamento pode se dar [...] usando uma linguagem para iniciados, esotérica, compreensível somente para os que integram o círculo (BOBBIO, 2015, p. 53).

Nesse sentido, a transparência, em sentido material, se afeiçoa à clareza e concisão, e não somente a métodos formais de publicação. Não basta tornar público. Por isso, a lei nacional de processo de controle externo não pode perder de vista a necessidade de simplificar o vocabulário e facilitar o entendimento público dos procedimentos processuais de contas, bem como aprimorar as vias de comunicação e publicação de suas atividades.

2.8. Atuação mais visível e controlável

Concomitante à segurança jurídica, isonomia e transparência originadas de uma lei nacional de processo de controle externo, para a efetivação dos preceitos por ela inculpidos, necessário se mostra debater e instituir um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas –

CNTC, nos moldes do CNJ e CNMP. O subsídio teórico para criação do CNTC é o mesmo do CNMP e, sobretudo, do CNJ, uma vez que do texto constitucional se deduz a equiparação dos ministros do TCU aos ministros do STJ e dos conselheiros dos TCEs aos desembargadores, no que concerne às garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens (art. 73, § 3º c/c art. 75, da CF).

Assim, cumpre questionar por que o tribunal de contas permanece como o único órgão público exercente de função republicana independente, sem sujeição a controle (de outro órgão). Essa circunstância afronta a noção do Estado de Direito, na qual o exercício estatal das funções públicas estrutura-se como atividade legalmente vinculada, ou seja, não se admite atuação do Estado à margem da legalidade, nem tampouco ao largo do controle público (CARVALHO FILHO, 2014, p. 254).

Nesse diapasão, a noção de controle adquire a adequada acepção:

Se o Estado, em um conceito republicano, é algo que pertence a todos, isso significa, necessariamente, que a sua administração deve ser controlada, a fim de se evitarem inversões de prioridades, falhas e abusos de poder por parte daqueles que o detêm (COUTINHO, 2016, p. 4).

Da análise das atribuições constitucionais do CNJ, constata-se que todas “são de cunho administrativo, podendo subdividir-se em políticas, administrativas (*stricto sensu*), de ouvidoria, correicionais, disciplinares, sancionatórias, informativas e propositivas” (BAGATINI, 2011, p. 3). Igualmente, atuaria o CNTC, emitindo determinações às cortes de contas e aos respectivos membros, com cunho correicional, para ajuste de práticas inadmitidas pelo ordenamento jurídico. Além disso, exerceria um poder sancionatório, quando da constata-

ção de infrações funcionais pelos agentes dos tribunais de contas. E, por fim, teria uma atuação informativa e integradora das cortes de contas entre si, compilando informações e contribuindo para a transparência e aperfeiçoamento equiparado dos órgãos de controle externo.

Importa elucidar com isso que o escopo jurídico de atuação do CNTC seria a Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº 35/1979), com supedâneo no art. 73, § 3º c/c art. 75, da CF, bem como a lei nacional de controle externo.

De outra sorte, percebe-se que a criação de um CNTC não é matéria inédita. Várias Propostas de Emenda à Constituição propõem a inclusão na Lei Maior de artigo atinente ao CNTC e destrincham sua respectiva composição e atuação. Mencione-se, nesse desiderato, a PEC nº 28/2007, a PEC nº 30/2007, a PEC nº 146/2007 e a PEC nº 06/2013.

Este Conselho atuaria de maneira prospectiva, emanando provimentos, resoluções e atos de natureza infralegal, para conferir eficiência aos Tribunais de Contas, estabelecendo ritos de apuração de possíveis ilícitos cometidos por seus membros. Tal modelo de fiscalização conferiria maior legitimidade político-social à atividade dos magistrados de contas, evitando os efeitos deletérios da influência política (COUTINHO, 2016).

A instituição de um conselho fiscalizador apenas angariaria às cortes de contas maior legitimidade frente à sociedade, com efeitos iguais aos da consolidação do CNJ e do CNMP:

Essas propostas [de PEC] contemplam as atribuições básicas do Conselho de controlar a atuação administrativa e financeira das Cortes de Contas, de controlar os deveres funcionais dos membros da Corte de Contas e de representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou abuso de autoridade, dentre outras (HARADA, 2012).

Uma breve análise do desempenho do CNJ, nos seus curtos onze anos de existência (desde 2005), evidenciam a proeminência desse órgão no aprimoramento do Judiciário. Gilmar Ferreira Mendes (2012) aponta o “planejamento estratégico e estabelecimento de metas, [...] a informatização do Poder Judiciário, [...] o estímulo à conciliação, [...] as medidas alternativas para o grande volume de execuções, [...] o estímulo à desjudicialização” e outros avanços recentes do Judiciário, decorrentes da atuação do CNJ.

Entretanto, a “PEC do Padrão Mínimo” (PEC nº 40/2016) silencia-se a esse respeito. No projeto inicial, não há previsão de inclusão de dispositivos na Carta Magna instituindo o CNTC e a sua respectiva estrutura

e competência. Trata-se, pois, de um aspecto a ser aperfeiçoado nesse projeto de emenda à Constituição. Para o aprimoramento do processo de controle externo, não basta a promulgação de uma lei nacional de processo de contas; necessário se apresenta, igualmente, a consolidação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas.

3. Natureza jurídica *sui generis* do processo de controle externo

Outro aspecto não menos essencial que fundamenta a criação de um código de processo de contas deve-se à necessidade de regulamentação singular para algo que, por sua natureza jurídica peculiar, é igualmente específico. Neste capítulo, defenderemos a natureza *sui generis* do processo de contas, embora o posicionamento majoritário da doutrina a rejeite.

Repise-se, preliminarmente, que o reconhecimento da natureza jurídica *sui generis* dos processos de contas não se apresenta como condição indispensável para a elaboração de um processo geral de controle externo, ou seja, ainda que não se admita a singularidade dos processos de contas, a necessidade de aprovação de um regramento uniforme para essa matéria apresenta-se com a mesma premência.

O processo é um “método de exercício de criação de normas jurídicas” (DIDIER, 2016, p. 30). Admite-se a existência de uma processualidade ampla, que não mais vincula o processo somente ao exercício da função jurisdicional. Firmou-se entendimento, portanto, de que cada uma das funções estatais está adstrita a processos próprios (processo legislativo, processo jurisdicional, processo administrativo), razão por que toda atuação do Estado se sujeita ao devido processo legal.

Odete Medauar propugna pela larga amplitude do processo:

A resistência ao uso do vocábulo ‘processo’ no campo da Administração Pública, explicada pelo receio de confusão com o processo jurisdicional, deixa de ter consistência no momento em que se acolhe a processualidade ampla, isto é, a processualidade associada ao exercício de qualquer poder estatal. Em decorrência, há processo jurisdicional, processo legislativo, processo administrativo; ou seja, o processo recebe a adjetivação provinda do poder ou função de que é instrumento (MEDAUAR apud LAZZARINI, 1997, p. 127).

Celso Antônio Bandeira de Melo (2005, p. 455) também corrobora esse entendimento, ao defender que “a teoria processual tradicional considerava o processo como propriedade da justiça, identificando-o com

o procedimento judicial [...] não é sustentável esta redução, porque o processo, por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais”. A doutrina majoritária, no entanto, filiada à noção tradicional de tripartição das funções estatais (funções legislativa, jurisdicional e administrativa), resiste a conceber o processo de controle externo como um ramo específico de processo, inserindo-o no rol de espécies do processo administrativo.

O reconhecimento dos diversos tipos de processo mostra-se basilar para evitar, conforme elucida Odete Medauar, jurisdicionalizar em excesso o processo administrativo e, cabe aqui um acréscimo, *o processo de contas*. Faz-se necessário o reconhecimento de que as distinções “decorrem da natureza diferente das finalidades de cada um e da diferente posição e caráter dos órgãos cuja atividade disciplinam” (GAROFANO, 2012).

Em que pese a concepção majoritária, o processo de controle externo não se confunde com o processo administrativo, nem tampouco com o jurisdicional ou legislativo. Carlos Ayres Britto (2001, p. 10), em mesma linha de cognição, atenta para a natureza *sui generis* do processo de contas: “os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São *processos de contas*, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos”.

A associação do processo de contas ao administrativo decorre do fato de que, em ambos, não se configura uma estrutura tríplice, na qual participam demandante ou acusador, demandado ou acusado e Estado-juiz. Distintamente, o processo administrativo e o de contas se desenrolam sob uma relação binária, formada pelo demandante ou demandado e o Estado.

No processo administrativo, o Estado participa como parte da relação jurídica processual, razão por que, ainda que o processo se guie para consolidação do interesse público primário, o Poder Público avaliará o caso com supedâneo na realidade administrativa do órgão. Isso ocorre porque, em processo administrativo, a Administração Pública avalia a própria atividade e atua originariamente.

De modo díspar, ocorre no concernente às cortes de contas, uma vez que não julgam a própria atividade. A sua atividade versa sobre “uma atuação precedente (a administrativa), e não um proceder originário” (BRITTO, 2001, p. 10). O controle externo é exercido sobre a atividade administrativa de outros órgãos, entes e agentes públicos, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos (art. 70, parágrafo único, da CF). Além disso, Carlos Ayres Britto (2001, p.10) aponta outra distinção fundamental, no tocante à atuação institucional das cortes de contas: “E seu operar institucional

não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em quê medida”.

Igualmente, o processo de contas não se constrói por meio da figura dos litigantes, nem tampouco atua somente mediante provocação externa. No entanto, em similitude ao processo judicial, os procedimentos são informados pelos direitos constitucionais processuais (contraditório, ampla defesa, isonomia, motivação das decisões, persuasão racional, publicidade, verdade real, celeridade processual e recursividade):

Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TC's julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, porque, aí, prevalece a norma constitucional que submete à competência judicante do Supremo Tribunal Federal a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data* contra atos do TCU (art. 102, inciso I, alínea *d*). Por extensão, caem sob a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, conforme a situação, o processo e o julgamento dessas mesmas ações constitucionais contra atos dos demais Tribunais de Contas (BRITTO, 2001, p. 8).

Não somente isso. A Constituição Federal emprega os termos “julgar”, em seu inciso II do

art. 71, e “jurisdição”, em seu art. 73, motivo por que leva a crer que, ante a estruturação das cortes de contas como um “Tribunal” (art. 70, *caput*, da CF), o intento do constituinte originário era revestir os julgamentos firmados pelos tribunais de contas com natureza jurisdicional. Essa compreensão não colide com o princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da CF), porquanto prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Nesse sentido, conforme pondera Marília Soares de Avelar Monteiro (2008, p. 13), “a lei, em sentido estrito, é que não pode promover tal exclusão. A Constituição Federal podia, tanto que o fez [...]. É o que defendem Victor Nunes Leal e Seabra Fragundes”.

Ademais, a Lei Maior preceitua para os tribunais de contas estrutura organizativo-operacional semelhante à do Poder Judiciário, e não à do Poder Legislativo. Assim também se compõe o modo de julgamento realizado pelas cortes de contas, uma vez que os julgamentos legislativos se informam por um caráter político e, portanto, sujeitam-se ao crivo da conveniência e oportunidade política. De modo distinto, realizam-se os julgamentos “a cargo dos Tribunais de Contas, que só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica” (BRITTO, 2001, p. 2).

3.1. Princípios processuais de contas

Para uma abordagem completa desse assunto, cabe ao presente trabalho elucidar os princípios norteadores dos processos de contas, os quais informarão os procedimentos adotados nas cortes de contas e conferirão contornos constitucionais à atividade de controle externo. Além disso, repise-se que as leis orgânicas e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil instruem os processos de controle externo.

No tocante ao tema, Fredie Didier Jr. (2016, p. 63) ressaltará que “há um conjunto de normas processuais que formam o que se pode chamar de Direito Processual Fundamental ou Direito Processual Geral”. Mesmo as normas processuais gerais, com previsão expressa apenas na legislação infraconstitucional, possuem supedâneo constitucional.

O princípio do devido processo legal decorre de previsão expressa da Lei Maior (art. 5º, LIV da CF), a qual impõe que todo processo, orientado à produção normativa, deve ser conduzido segundo um processo devido e justo. Trata-se de uma cláusula geral, permitindo uma interpretação elástica.

O protagonismo desse princípio é tamanho que, no entender de Nelson Nery Junior, é “a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam” (NERY JUNIOR, 2013, p. 92). Fredie Didier Jr. chama atenção para a historicidade do conteúdo do princípio do devido processo legal, que se constitui, ao longo dos séculos, de ampla abrangência: “há, porém, um acúmulo histórico a respeito da compreensão do devido processo legal que não pode ser ignorado” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 67).

Uma passagem da obra de Nelson Nery Junior, a qual transcrevo, serve ao debate acerca da estrutura do processo de controle externo: “tanto o processo civil como o processo penal têm seus próprios padrões de como incidiria neles o *due process*” (NERY JUNIOR, 2013, p. 99). De igual modo se dará com relação ao processo de controle externo, que, em decorrência de sua estrutura *sui generis*, distinguir-se-á da tutela processual civil e penal, ou administrativa, como prefere crer a doutrina majoritária nacional. Ocorre que também ele se constrói em torno dos princípios processuais oriundos do *due process*: contraditório e ampla defesa, legalidade, publicidade, celeridade, eficiência, efetividade, verdade real, adequação, entre outros. Abordá-los-ei de forma sucinta.

1) Princípio do contraditório e da ampla defesa. Nos processos de controle externo, assegura-se o binômio informação-possibilidade de participação, por meio dos meios oficiais de citação e intimação (eletrônica, física ou por edital). De mesmo modo, prevê-se possibilidade de o gestor influir na decisão final, concretizando-se assim o contraditório material. Essa é a tendência processual contemporânea, orientada a vedar decisões surpresas.

Sem dúvida, com o advento do novo Código de Processo Civil, com notória reformatação e fortalecimento do contraditório material, também o processo de contas adequar-se-á. Nas lições de Fredie Didier Jr., “poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 84). Inclusive, no atual Código de Processo Civil, “o poder de

ofício diz respeito, primordialmente, aos direitos indisponíveis” (STRECK, 2016):

Isso porque, do contrário, o juiz jamais poderá julgar o mérito sob o fundamento de que a parte não provou, como lhe incumbia, [...] porquanto se há prova necessária a ser realizada, cumpre ao juiz determinar sua produção de ofício (STRECK, 2016).

O impulso dos processos de contas é marcado pela ampla atuação de ofício por parte do relator, por tratar-se de uma relação jurídica binária (a relação tradicional triplíce, entre autor, réu e Estado-juiz não cabe dentro dos processos de controle externo). Não se iguala a dizer, no entanto, que o relator não possibilita o contraditório. Os gestores-responsáveis são citados, quando da constatação de irregularidades, para que exerçam o contraditório e apresentem justificativas e documentos. De igual modo, são intimados para os atos subsequentes, inclusive com possibilidade de sustentação oral na sessão de julgamento. Também é conferida a possibilidade de cópias dos autos, a qualquer tempo.

2) Princípio da Legalidade. Os processos de contas são lastreados pela legalidade. Não somente isso, mas também no concernente à “ressignificação do princípio” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 80), os processos nos tribunais de contas já o adotavam, uma vez que suas decisões se baseavam no ordenamento jurídico como um todo, e não “em Direito natural ou Direito criado isoladamente pelo juiz” (DIDIER JÚNIOR, p. 81), ou mesmo em uma análise literal da lei. Os julgamentos de contas voltam-se à análise global e são decididos conforme o Direito.

Assim, reverencia-se a segurança jurídica, de modo a realizar uma estrita condução dos processos em conformidade com as regras e, sobretudo, com os princípios fundamentais

de Direito, buscando-se preservar a confiança legítima e a boa-fé. Nesse sentido, fica resguardado o devido processo legal em sua dimensão material, o qual a doutrina pátria associa ao postulado da proporcionalidade e adequação. Além disso, motivam-se os atos processuais, com explicitação clara e congruente dos fatos e dos fundamentos de direito, dispensada nos casos de atos de mero expediente:

A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e a atividade intelectual do juiz até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no art. 5º da CF (NERY JUNIOR, 2013, p. 300).

3) Princípio da Duração Razoável do Processo. Os processos de contas almejam a mais célere tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF), sem dirimir direitos processuais fundamentais e sem prejudicar a máxima eficiência. Esse último destaque mostra-se necessário, uma vez que os processos de contas obedecem a um trâmite singular: passam por setores instrutivos (diretorias ou secretarias de controle externo e corpo especial de auditores), bem como pelo Ministério Público Especial de Contas, os quais atuam como *custos legis*. Nesse sentido, mostra-se adequado o seguinte alerta: “Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional” (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 98).

4) Princípio da Publicidade. A ampla publicidade é outro pilar do processo de controle externo, por razões diversas. Para além de uma finalidade estritamente processual, cuja importância em um sistema de precedentes judiciais

Fredie Didier Jr. acentua, o controle externo destina-se à comunidade em geral (controle social). Destituir os processos de contas de finalidade coletiva (inafastável conexão entre controle externo e social) redundaria no esvaziamento dessa função pública. Por isso, em concretude ao art. 5º, LX, da CF, os processos de contas são públicos interna e externamente, porque transparentes para os sujeitos processuais e para terceiros.

Por todo o exposto, depreende-se que o regramento uniforme dos processos de contas não de atentar para a necessidade de consolidar homogeneamente os princípios e regras fundamentais dos processos de contas, lançando luz sobre o debate acerca da sua natureza *sui generis*. A consolidação dos processos de controle externo visa o aperfeiçoamento da atuação dos tribunais de contas, de um lado, e maior garantia e segurança jurídica aos gestores, de outro.

4. Tribunal de contas é órgão republicano independente

Para o cumprimento das competências atinentes ao controle externo técnico, a Constituição Federal enfileira as funções precípua dos tribunais de contas, conferindo-lhes a natureza de órgão constitucional independente (art. 71 c/c art. 73 e 75 da CF). Esse debate reexamina a teoria da separação dos poderes, à luz da contemporaneidade, analisando o arcabouço institucional apto a alcançar a finalidade atribuída ao Estado. Para tanto, necessário se mostra compreender que tanto os fins quanto as instituições estatais são temporal e espacialmente mutáveis. Não são estanques, portanto.

A Lei Maior, para além da tripartição clássica das funções estatais, vislumbra outras duas delas diferenciadas: o controle de constitucionalidade e o controle da regularidade de atos estatais e não estatais. A redação do art. 2º da CF/1988 não é obstáculo a essa conclusão. A afirmativa da existência de três poderes não significa negar a decisão constitucional de assegurar ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas o regime jurídico próprio de um Poder (JUSTEN FILHO, 2013, p. 116-119). Quando da análise do artigo 44 da Carta Magna, constata-se que a mesma não menciona o Tribunal de Contas como órgão integrante do Poder Legislativo. Portanto, houve uma organização imprópria do legislador constituinte, que conduz os intérpretes a equívocos.

Nessa mesma senda, posiciona-se Marçal Justen Filho (2013, p. 119), para quem as Cortes de Contas e o Ministério Público “são dotados de funções próprias, inconfundíveis e privativas”, pouco importando, para tanto, a ausência de denominação expressa dos tribunais de contas e ministérios públicos como órgãos de soberania. Assim tam-

bém pondera Carlos Ayres Britto (2001, p. 2): “o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44”.

Importa elucidar que tanto o Tribunal de Contas quanto o Ministério Público dispõem de uma estrutura organizacional própria, ligada ao cumprimento de função “específica, autônoma e insuprimível, republicanamente essencial, dotados de prerrogativas garantidoras ao livre funcionamento e exercício desses órgãos, em face dos demais” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 119), nos moldes do art. 73 e 96, da CF.

5. Tribunal de contas no direito comparado

No tocante à instituição de tribunais de controle externo em âmbito internacional, “não há uma doutrina uniforme, que pudessem, superando as simples barreiras de idioma e matrizes culturais, servir de substrato e aperfeiçoamento institucional” (FERNANDES, 2003, p. 108), motivo pelo qual, não obstante as cortes de contas terem despontado há mais de 100 anos, não conquistaram, na doutrina de diversos países (entre eles, o nosso), o entendimento de que são órgãos constitucionais independentes.

Não é o caso de todos os países, contudo. Portugal concebe o Tribunal de Contas como órgão integrante do Judiciário, com categoria especializada e natureza financeira, o qual executa função que extrapola o exercício jurisdicional, como dar parecer sobre a Conta Geral do Estado (PORTUGAL, 1999, p. 2-3). Concebe-se o Tribunal de Contas como instituição suprema de um sistema nacional de controle coordenado e integrado.

Em Portugal, para além dos princípios garantidores da atuação independente do Poder Judiciário, positivam-se linhas fundamentais próprias do processo de contas, tais como “princípio da persecução do dinheiro e valores públicos”, “sistema integrado de fiscalização prévia, concomitante e sucessiva”, “redução do âmbito de fiscalização prévia e reforço da fiscalização concomitante e sucessiva”, e “clarificação da natureza de controle, segundo critérios de economicidade, eficiência e eficácia”. Todos esses aspectos são ínsitos do controle externo, estando insculpidos também na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 71).

Conclusão

Com base no exposto, para efetivação dos preceitos constitucionais na mais ampla plenitude, cabe ao Brasil debater e elaborar uma estrutura normativa homogênea para os processos de controle externo, instituindo normas gerais de modo a criar uma rede comum de controle erigido nas mesmas balizas legais e com vistas à efetivação isonômica das mesmas garantias e direitos constitucionais. Não obstante as atuais normas de processos de contas apresentarem grande similitude, nada justifica o cenário legislativo de hoje, no qual cada corte de contas possui um regramento próprio. O controle externo a cargo do tribunal de contas firma-se em balizas objetivas, uma vez que tem caráter técnico, nos moldes preceituados pelo art. 71 da Lei Maior.

Em paralelo à regulamentação uniforme dos processos de contas, mostra-se necessária a discussão acerca da criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas – CNTC. Essa instituição velará pelo respeito à autonomia das cortes de contas, pelo aperfeiçoamento administrativo equiparado dos tribunais de

contas e pela apuração de possíveis desvios, seja dos tribunais de contas, seja dos seus respectivos membros, emitindo determinações correicionais e imputando sanções, quando necessário.

A elaboração da lei nacional de processo de contas demanda, inevitavelmente, o debate acerca da sua natureza jurídica *sui generis*. Para tanto, de imediato, apresenta-se como necessária a compreensão de que o controle externo, por se tratar de uma função republicana independente, com assento constitucional (art. 70 e 71 da CF), a cargo de órgão técnico e independente, os tribunais de contas, que ora atuam em auxílio ao Congresso Nacional (art. 71, incisos I, III, IV, VII e X, da CF) e ora atuam individualmente (art. 71, incisos II, V, VI, VIII, IX e XI, da CF), necessita de normais gerais que abarquem sua peculiar estrutura, que não se confunde com a função administrativa, tampouco com a jurisdicional ou a legislativa.

Sobre a autora

Doris T. P. C. de Miranda Coutinho é doutoranda em Direito Constitucional pela Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, Argentina; especialista em Política e Estratégia pela Universidade Estadual do Tocantins (Unitins), Palmas, TO, Brasil; especialista em Gestão Pública com ênfase em controle externo pela Faculdade Internacional de Curitiba e Faculdade de Tecnologia Internacional (Facinter/Fatec), Curitiba, PR, Brasil; conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (TCE/TO), Palmas, TO, Brasil; membro efetivo do ICGFM – Internacional Consortium on Governmental Financial Management.
E-mail: conselheiradoris@tce.to.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²

UNIFORMIZATION OF LEGISLATION OF THE COURT OF ACCOUNTS

ABSTRACT: This article discusses the current legislative scenario with regard to the external control and the need for creating a general law of accounts process. Therefore, preliminarily unpacks the scope of action of the Court of Accounts positivized by the Federal Constitution. Points then the advantages arising from the introduction of general rules of external control process for, in order to point out the *sui generis* nature of accounts process, distinguishing it from other types of processes (judicial, legislative and administrative). Leads too about the republican state functions and places Audit Courts within the arising institutional landscape of Federal Constitution.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW. EXTERNAL CONTROL. COURT OF ACCOUNTS. PROCESS OF ACCOUNTS. COMPARATIVE LAW

²Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

COUTINHO, Doris, T. P. C. de Miranda. Uniformização da legislação dos tribunais de contas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 181-201, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p181>.

(APA)

Coutinho, Doris, T. P. C. de Miranda. (2016). Uniformização da legislação dos tribunais de contas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 181-201. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p181

Referências

ALMEIDA, João Alberto de; BRITO, Thiago Carlos de Souza. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 57, p. 175-210, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/130/121>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BAGATINI, Júlia. Conselho Nacional de Justiça: um controle administrativo do poder judiciário?. *Âmbito Jurídico*, v. 19, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9498>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

CONTI, José Maurício. PEC do padrão mínimo vai aperfeiçoar tribunais de contas. *Consultor Jurídico*, 26 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/contas-vista-pec-padrao-minimo-aperfeicoar-tribunais-contas>> Acesso em 23 nov. 2016.

COUTINHO, Doris de Miranda. CNTC: o controle do controle externo é um imperativo republicano. *Atricon*, online, 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/artigos/cntc-o-controle-do-controle-externo-e-um-imperativo-republicano/>>. Acesso em 23 nov. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GAROFANO, Rafael Roque. Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da administração pública. *Âmbito Jurídico*, v. 15, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11208>. Acesso em: 5 dez. 2016.

HARADA, Kiyoshi. Conselho Nacional dos Tribunais de Contas. *Âmbito jurídico*, v. 20, n. 96, jan. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10994>. Acesso em: 23 nov. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; SILVA, Roberto Baptista Dias da. A qualidade legislativa no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 208, p. 167-187, out./dez. 2015.

LAZZARINI, Alvaro. Do procedimento administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 135, p. 125-136, jul./set. 1997. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/261/r135-14.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. As contribuições do CNJ para o judiciário brasileiro. *Revista JC*, 18 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2012/07/as-contribuicoes-do-cnj-para-o-judiciario-brasileiro/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

MONTEIRO, Marília Soares de Avelar. *A Natureza jurídica dos julgamentos proferidos pelos tribunais de contas no Brasil*. 2008. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/files/file/biblioteca/a_natureza_juridica_dos_julgamentos_proferidos_pelos_tribunais_de_contas_no_brasil.doc>. Acesso em: 23 nov. 2016.

MORATO, Antônio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 98. p. 95-120, 2003. <Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67581/70191>. Acesso em: 23 nov. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos tribunais de contas?. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 40, n. 113, p. 13-32, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/article/download/362/408>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

PARA BRASILEIROS, tribunais de contas são essenciais no combate à corrupção e à ineficiência, revela pesquisa Ibope/CNI. 11 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.irbcontas.org.br/site/index.php/2014-11-07-12-36-15/noticias/item/484-para-brasileiros-tribunais-de-contas-sao-essenciais-no-combate-a-corrupcao-e-a-ineficiencia-revela-pesquisa-ibope-cni>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

PORTUGAL, Tribunal de Contas de Portugal. *O tribunal de contas na actualidade*. Lisboa. 1999. Disponível em <www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMOULIS, Dimitri (Org.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. *Consulta Jurídica*, 15 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

Filosofia analítica e hermenêutica

Preliminares a uma teoria do Direito como prática

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Resumo: Neste artigo, argumento que a filosofia analítica e a hermenêutica filosófica alteram nosso conceito do que é interpretar. As duas permitem alterar nosso conceito de Direito, fortemente marcado ainda pela tradição positivista iniciada por Savigny, para quem tudo era objeto de interpretação. Distinguindo compreensão e interpretação, podemos dizer que toda prática social, inclusive o Direito, exige compreensão, mas nem todas as ações dentro da prática são objeto de dúvida e requerem interpretação no sentido estrito ou sugerido por Savigny.

Palavras-chave: Compreensão. Interpretação. Prática social. Savigny. Teoria do Direito.

1. Introdução

Neste ensaio, gostaria de mostrar como duas correntes filosóficas do século XX, a filosofia analítica e a filosofia hermenêutica, contribuem para alterar o entendimento do que é interpretar e por isso mesmo para mudar nossa ideia do que é o Direito. Primeiramente, indico de forma breve o papel desempenhado pelo positivismo para a inserção do Direito na universidade contemporânea, destacando como ressaltou a lei como *mandamento*.¹ Creio que foi contra essa concepção da lei que se insurgiu Herbert Hart, dando origem à mudança na teoria do Direito da

¹ *Mandamento* difere de *preceito*: ordens de um ladrão que nos aponta uma arma são uma espécie de mandamento, como lembra Hart. Regras gramaticais são preceitos. Umhas e outras são prescritivas. O prescritivo ou imperativo não se esgota em ordens/mandamentos. Wright (1963, p. 3-16) distingue: (a) leis da lógica, que não obrigam as pessoas a pensarem de certo modo, mas dão os critérios pelos quais julgamos a correção do pensamento (*regras, rules*); (b) prescrições e regulamentos emitidos por alguém (*prescrições* propriamente ditas); (c) regularidades e hábitos sociais; (d) diretivas ou normas técnicas (*diretivas* em geral).

segunda metade do século XX. Em seguida, mostro como duas correntes importantes da filosofia da segunda metade do século XX evidenciaram a limitação do positivismo, revelando sua inadequação para dar conta integralmente da racionalidade prática. Isso impôs a reorientação da ciência e filosofia do Direito por reintroduzir o esquecido tema do exercício prático da razão. Sugiro, pois, que esses aportes têm relevância para o pensamento jurídico ao colocarem em dúvida a ideia de que toda norma necessita interpretação. Em conclusão, pretendo afirmar que nos temos afastado da epistemologia moderna (do século XVII em diante), para a qual o objeto do Direito seriam as normas (como mandamentos ou decretos), para ir em direção ao entendimento de que há forma própria de compreender a atividade jurídica em suas distintas dimensões, a dos agentes de criação e aplicação da lei e a dos cidadãos comuns a ela submetidos; e, nessa nova compreensão, a objetividade não consiste em descobrir, achar ou inventar decisões, mas em justificá-las. Trata-se, então, de saber se a justificação pode aspirar a alguma forma de objetividade.

Esse largo percurso mostra como a objetividade mudou de figura ao se integrarem no *discurso* e nos *sentidos* objetos de natureza intencional e necessariamente procedentes de sujeitos. Discursos e sentidos existem e são objetivos, mas não existem sem sujeitos que os produzam, não são disponíveis para cada um dos participantes de certa comunidade de seres humanos.² Assim, pode-se dizer que as línguas têm existência objetiva e ideal, ao passo que os discursos singulares têm existência contingente, singular (acontecem no tempo e no espaço) e são realizados por sujeitos individuais. Para usar a expressão de Karl-Otto Apel, trata-se de uma relação entre comunidade ideal (a da língua) e comunidade real de comunicação (determinada historicamente) (APEL, 1991, p. 154-160).³ A comunidade ideal abrange todos os que falam determinada língua, ou os que pertencem a um determinado campo, expressão usada por Pierre Bourdieu (1998). A comunidade real consiste nos que realizam os

² Como diz John Searle (c1995), é preciso distinguir (e reconhecer) realidades ontologicamente objetivas (coisas que existem independentes de nós, sujeitos humanos) e realidades ontologicamente subjetivas (ontologicamente dependentes de nós, como a língua e, em geral, os fatos institucionais). E também é preciso reconhecer coisas *epistemologicamente* objetivas (as regras e conceitos de uma disciplina, por exemplo) e epistemologicamente subjetivas (aquilo de que eu pessoalmente gosto, mas não segundo regras definidas).

³ Como em outras oportunidades, Apel (2000) mostra que participamos sempre de uma “comunidade real de comunicação” (ou seja, uma comunidade historicamente existente e dependente da história), sob o pressuposto de participarmos de condições ideais de comunicação. Quando argumentamos, pressupomos condições necessárias e anteriores (logicamente), mas o fazemos em condições dadas. Daí ele não desprezar a hermenêutica filosófica (na linha de Gadamer), mas ao mesmo tempo não poder abandonar a necessidade da perspectiva crítico-transcendental (kantiana).

discursos dentro das comunidades ou campos, discursos dotados de referência propriamente dita.

A mudança ocorrida, ou em andamento, não consiste em abandonar a objetividade, nem a distinção entre o sujeito e o mundo. Consiste antes em abandonar a ideia cética de que tudo o que é produzido pela razão do sujeito seja ilusão, fantasia, objeto ideal. Ou a ideia de que só o que é produzido pela mente é real, e o mundo exterior pode ser uma ilusão.⁴ A objetividade positivista baseava-se na capacidade de o sujeito suprimir do objeto tudo o que fosse *subjetivo*. No Direito, isso implicava tomá-lo como objeto independente dos sujeitos que o põem em prática, e depois ser capaz de prever qual solução (decisão, sentença, ação etc.) viria a existir, dadas as circunstâncias adequadas. Objetividade era qualidade do conhecimento, que permitiria acordo geral sobre a existência da regra, e eventualmente – para algumas escolas – a previsibilidade do resultado. De um lado, teríamos o positivismo de Hans Kelsen, a propor o acordo mínimo sobre os critérios de validade das normas; de outro, o positivismo escandinavo de Alf Ross ou dos realistas americanos, segundo os quais o objeto próprio do conhecimento jurídico seria a decisão dos juízes dada em função de elemen-

⁴ Apel associa essa mudança à filosofia de Heidegger e à de Wittgenstein. Wittgenstein (o segundo Wittgenstein, como se costuma dizer) teria iniciado uma crítica da linguagem e do sentido. Com ele, a “certeza subjetiva” – que desde Descartes aparecia como a única certeza de conhecimento humano – tornou-se irrelevante, pois se percebeu que essa certeza puramente subjetiva tinha prioridade sobre as afirmações ligadas a uma língua comum. Assim, essas “certezas interiores ou subjetivas” subordinam-se de fato a um pensamento formado pela atividade pública e controlável de seguir regras (APEL, 1998a, p. 125). Heidegger, por sua vez, teria destruído a ontologia da “presença à mão” para uma análise do “mundo relacional”, o “mundo do ‘onde da autorreferência’ e da compreensão” (APEL, 1998a, p. 131). Este artigo segue a mesma linha, pressupondo que a tradição hermenêutica (originada na filosofia continental) e a tradição analítica (de origem anglofona) mudaram os rumos da epistemologia positivista.

tos empíricos trazidos pela psicologia, pela sociologia, pela ciência política, pela economia, e assim por diante.

2. Positivismo: tentando conformar o Direito à ciência moderna

2.1. Disciplinas interpretativas na universidade

Essa noção elementar de positivismo quase vulgar tendeu para o naturalismo, a maneira de pensar segundo a qual apenas a *natureza física* seria real e somente o conhecimento dessa natureza, submetido à matematização, seria objetivo (LOPES 2014).⁵ Diversas disciplinas universitárias, porém, tiveram e têm caráter distinto. Não se trata de disciplinas da observação, mas da interpretação. Com o advento da nova ciência e da nova universidade no século XX surgiu a questão: qual o lugar das disciplinas interpretativas na própria universidade? A nova ciência era experimental e matematizada, como a nova física (séculos XVII e XVIII), a história natural ou a biologia classificatória e evolucionista (séculos XVIII e XIX). As ciências e áreas tradicionais da universidade haviam sido discursivas antes dos séculos XVIII e XIX, não empíricas, não experimentais: filosofia, teologia e Direito.

Naquele mundo pré-iluminista, a filosofia era a disciplina básica, cujo método e programa incorporavam a lógica, a gramática, a dialética, e a filologia (a partir do humanismo dos séculos XV e XVI). Teologia e Direito compartilhavam aspecto fundamental: eram disciplinas dos textos (Bíblia e *Corpus Juris*) a aplicar. Eram interpretativas ou hermenêu-

⁵ Tentei mostrar ali como essa concepção naturalista é de longa duração no Brasil.

ticas, de modo que as explicações dos textos (na teologia, pelo uso das sumas e dos “livros de sentenças”; no Direito, pelo uso das glosas, dos comentários e dos tratados) visavam sua aplicação. Tanto juristas quanto teólogos dedicaram-se longamente ao problema hermenêutico (GADAMER, 2012, p. 75-117). O ponto de partida na teologia era a *Doutrina Cristã* de Agostinho, reelaborada sem cessar pelos sucessores.⁶ O ponto de partida dos juristas, a Constituição *Tanta* de promulgação do *Digesto*, que proibía a interpretação, exceto quando significasse tradução (quando fosse *kata poda*, ao pé da letra, § 21), e a *Deo auctore*. Ambas queriam evitar que os juristas invadissem a competência do imperador para criar lei. Na filosofia a interpretação esteve vinculada à filologia e à tradução dos textos clássicos.

A estrutura da universidade medieval apresenta-nos uma figura curiosa. A filosofia propriamente dita era preliminar ao estudo das duas faculdades maiores, ou seja, a Teologia e o Direito. Quem pretendesse estudar qualquer delas precisava antes ser treinado no colégio de artes liberais, ou seja, precisava ser treinado na filosofia, que envolvia a capacidade analítica de pensar sobre as relações entre os termos e propor conceitos. Aprendia-se por meio de textos herdados da tradição clássica. Muitos textos serviam ao ensino das habilidades básicas da gramática e da lógica, outros para o treinamento na tradução, e todos dependiam de certo modo da filologia. Exigia-se respeito aos clássicos, tradução e respectivas técnicas, além de crítica textual. As faculdades maiores, teologia, leis e cânones, concentravam os estudos

⁶ Agostinho ensina como interpretar as escrituras, partindo da ideia de que nelas existem sentidos literais e sentidos figurados. Para saber distingui-los e aplicá-los, o intérprete deve dominar adequadamente a língua do texto e deve ter uma ideia clara dos pontos essenciais da revelação, o que poderíamos chamar de sentido geral da escritura.

na Bíblia, no Corpo do Direito Romano (ainda não chamado assim), ou do Direito Canônico. Tratava-se de um regime de tradição em todas as áreas. O passado falava nos textos, embora a atitude de filósofos, teólogos e juristas não fosse de historiadores. A interpretação/tradução não pretendia verificar o contingente ou histórico dos textos, mas seu sentido permanente.

Visto que o texto era concebido como dizendo algo aos presentes, pressupunha-se a *interpretatio*. Sabia Direito não quem só conhecesse *verbatim* o *Digesto*, mas quem integrasse suas partes e fosse capaz de explicá-las segundo uma razão (*ratio*) que poderíamos traduzir como um sentido (CORTESE, 1962, p. 209-305).⁷ O mesmo valia para a teologia. Daí distinguirem-se, dentro dos textos sagrados, seus sentidos literais (narrativos e históricos), seus sentidos analógicos (os paralelismos entre Antigo e Novo Testamento) e seus sentidos propriamente alegóricos e pedagógicos (ou seja, aquilo que significavam praticamente para o leitor atual, o que eles diziam, pelas metáforas e narrativas, de Deus mesmo ou da história sagrada). Os sentidos constituíam, nesses termos, a *ratio*.

2.2. O desafio da ciência moderna

Mas a universidade, o saber e a ciência mudaram completamente entre os séculos XVIII e XIX. Dentro dessas mudanças ocorre uma rediscussão do ensino e dos métodos do Direito.⁸ O progresso e o sucesso das ciências naturais e experimentais provocou uma reflexão filosófica, cujos marcos se acham no empiris-

⁷ Cortese (1962, p. 305) cita a passagem de Bártolo, segundo a qual a *ratio* é a “*virtus intrinseca legis, et tanquam genus praedicans de suis singulis specibus...*” Todo comando geral, refere ele ao que diziam os comentadores, compreende todos os casos singulares a ele submetidos “*se non actu, almeno aptitudine.*”

⁸ Para o caso português, ver Hespanha (1978).

mo inglês, nas pesquisas do iluminismo escocês e no idealismo alemão, muito particularmente no criticismo kantiano. Ela foi profundamente crítica da tradição interpretativa que a precedeu e, mais importante, restringiu o campo da razão: a razão era formal (*ratioinatio*) ou instrumental e tecnológica. Por ela, o domínio próprio da razão foi limitado ao conhecimento da natureza por suas regularidades. A razão prática foi limitada à razão tecnológica (*produzir/fabricar*, com exclusão do *agir/praticar*). O Direito, particularmente a partir do final do século XVIII, sob a influência desse pensamento, buscou assemelhar-se ao novo pensamento científico. Tudo o que escapasse disso beirava o irracional.⁹ Vendo avançar as ciências modernas, precisavam os juristas afirmar o caráter científico moderno de seu saber e seu lugar na universidade. De certo modo, sofreram de um “complexo de inferioridade” diante da ciência moderna. Tiveram que adaptar-se.

A nova racionalidade promoveu também especializações com base no Direito mesmo, antes considerado *vera civilis philosophia* e dele se foram ramificando outros saberes. O Direito natural, ou jurisprudência universal, tornou-se disciplina autônoma, indo desembocar na filosofia do Direito. Seu caráter foi cada vez mais sistemático e político. Igualmente a economia conquistou foro próprio, passando a contar com método e objeto definidos, seja na vertente dos franceses, seja na dos escoceses e ingleses. A partir do século XIX, as novas ciências sociais – a história, a sociologia, a economia, a política – propuseram-se critérios de cientificidade, tratando a vida social como objeto quase empírico. Os juristas quiseram embarcar nessa mesma canoa. Foi preciso definir seu objeto: num primeiro momento, o espírito do povo, para Savigny; ou espírito universal, em Hegel. Em seguida, buscaram-se os conceitos e os institutos, criações objetificadas da ciência jurídica (a família, o contrato, a economia, a lei). Em poucas palavras, os juristas precisavam de alguma coisa que simulasse o “mundo lá fora”¹⁰ das ciências empíricas modernas.

O caso mais exemplar foi o de Savigny (1779-1861). O Direito, para ele, por ser em si mesmo um fenômeno histórico, deveria ser conhecido como se conhecem todos os fenômenos históricos. Savigny manifestou-se contrário à filosofia do Direito natural, que em seu tempo inspirava fortemente os códigos em elaboração em toda parte na Europa. Se o

⁹ Kant avançará uma proposta de crítica da razão prática, mas sua razão prática difere muito da tradição que o antecedeu porque ela é razão pura prática: e desempenha um papel crítico (de limite) moral à tomada de decisões. O que é diferente da filosofia da razão prática voltada à análise das condições pessoais (virtude) e objetivas (circunstâncias) do processo deliberativo.

¹⁰ Tomo a expressão de Thomas Nagel (1999, p. 121-122).

Direito natural era filosofante e abstrato, para o jurista alemão o objeto da ciência do Direito era histórico e concreto. Nele não apenas se tratava de reconhecer a positividade das leis. Isso sempre se fez, de tal modo que a expressão Direito positivo (*ius positum*) era usada pelos juristas medievais. Savigny pretendia que o saber do Direito fosse reconhecido como uma das ciências da academia. A história, natural ou política, era a ciência por antonomásia das coisas vivas, orgânicas e contingentes. Isso significou, portanto, a aproximação do saber jurídico, ou ciência do Direito, a um padrão positivo ou positivista de ciência. O saber jurídico era composto de um elemento de observação (podia-se observar o Direito posto, podia-se fazer a crítica documental das fontes), de um elemento intelectual conceitual (sistema, ou ciência) e de interpretação, entendida como ato subjetivo de compreensão da vontade alheia (a do legislador).¹¹

A importância de Savigny não está apenas no papel que desempenhou na redefinição do Direito dentro da universidade (que ele ajudou a criar em Berlim). Está, sobretudo, no afirmar que interpretação e compreensão são a mesma atividade intelectual e, por isso, toda lei precisa ser interpretada.¹² A diferença entre

¹¹Do outro lado do Canal da Mancha, outro jurista procurava também dar cientificidade ao Direito durante o mesmo período. Ele também rejeitava, como seus amigos utilitaristas, a ideia de Direito natural. Ele também procurava um objeto preciso, determinado e externo para o Direito: ele o encontrou no *comando do soberano*. Trata-se de John Austin (1790-1859), cujo *The province of jurisprudence determined* é de 1832. Vale lembrar que Austin conhece a obra de Savigny e cita-a em seus *The uses of the study of jurisprudence* (AUSTIN, 1954). Era natural que o fizesse, pois entre 1826 e 1829 passou muito tempo em Bonn, na Alemanha, preparando seu curso de teoria do Direito para a Universidade de Londres, recém-fundada. Em Bonn, teve a oportunidade de ler os textos recém-descobertos das *Institutas*, de Gaio, e os trabalhos dos grandes juristas e romanistas alemães, Hugo, Thibaut e Savigny (HART, 1954).

¹²Não é um acaso que Savigny pertencesse ao campo dos intelectuais românticos da Alemanha, contemporâneo

compreender – dar-se conta do sentido de uma situação, um campo, uma prática em geral – e *explicar* (*auslegen*) o que diz uma regra singular deixa de ser relevante. O problema interpretativo – antes colocado apenas em caso de dúvida derivada da *ambiguidade dos termos*, da *equivocidade da construção sintática*, da *novidade das circunstâncias* – amplia-se e espalha-se, pois a seu juízo o ato de interpretar e aplicar corretamente a lei não se distingue da “operação mental” consistente em assimilar as fontes do Direito de um ponto de vista interno (SAVIGNY, 2005, p. 93-94). Interpretar torna-se sinônimo de compreender. Logo, tudo precisa ser interpretado, na medida em que tudo precisa ser compreendido. No *Sistema de direito romano atual* (SAVIGNY, 2005), ele se posiciona contra a tradição longamente aceita de que a interpretação não seria necessária para leis claras (*in claris cessat interpretatio*).

Como diminuir ou eliminar essa extraordinária abertura? Confiando no método. A ciência do Direito tem duas dimensões distintas: de um ponto de vista externo, ela identifica as fontes; e, de um ponto de vista interno, ela as “assimila”. Nesse aspecto, ela se dá conta de que não produz as fontes, mas percebe-as fora de si e as “oferece à consciência humana” com características precisas. Savigny dedicou-se à metodologia em preleções em seus cursos e no célebre *Sistema*. Os cursos de Direito seriam, desde então, precedidos de uma longa exposição metodológica própria, que não se

de Schleiermacher. De um lado, eram herdeiros do grande movimento de filosofia reflexiva da consciência, vinda na tradição de Descartes e Kant, mas eram também descrentes do poder exclusivo da lógica dedutiva. O sujeito não desempenhava apenas tarefas de raciocínio: era também capaz de harmonizar e de aprender não apenas regras de uma arte, mas também a realizar esta arte de forma “orgânica”. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e Friedrich Schleiermacher (1768-1834) foram contemporâneos na Universidade de Berlim, participando ambos de sua criação e primeiros anos, um ensinando Direito Romano, o outro ensinando teologia.

confundiria com técnicas de interpretação nem com os pressupostos da filosofia prática aprendidos da filosofia geral. Tratava-se agora de um método próprio da *ciência jurídica*. Essa tradição (HART, 1983) veio finalmente dar nas disciplinas de Enciclopédia Jurídica e Introdução à Ciência do Direito. De todo modo, aqui interessa que a interpretação de que se passou a tratar foi primariamente a das normas entendidas cada vez mais claramente como comandos e comandos de um soberano, ou seja, de alguém, mesmo que alguém abstratamente considerado.¹³

Em todas essas vertentes mencionadas, do espírito do povo à lei, tratava-se de conhecer, de observar especulativamente, como que de fora, todos esses objetos. Deixava-se de lado a perspectiva do agente, do sujeito que decide, e tentava-se substituí-la pela perspectiva do cientista que observa. O resultado pode ser sumariado na frase de Herbert Hart: oscilava-se entre o pesadelo do empirismo e o nobre sonho dos pregadores morais (HART, 1983).¹⁴ Contra isso, a abordagem iniciada por Hart sugeriu uma saída do impasse e da noção empirista (naturalista, digo eu) de objetividade, ou da noção (convencionalista) de objetividade como unanimidade moral. A crítica, formulada por Hart ao final dos anos 1950 e começo dos anos 1960, é contemporânea de explorações filosóficas novas, cujo impacto na teoria do Direito ainda não foi totalmente apreciado.¹⁵ Trata-se do abandono da objetividade conforme proposta pelo positivismo e pelo neopositivismo das ciências sociais e de sua reconcepção em termos mais estritamente práticos. Em outras palavras, trata-se de *substituir a objetividade do observador pela objetividade do agente*, com todos os desdobramentos de pesquisa que isso acarreta. Como disse Brian Bix, a grande novidade da teoria de Hart foi trazer de volta essa perspectiva do agente, perspectiva interna ou

¹³Em suas lições de metodologia, Savigny dizia que o intérprete deve “reconstruir o conteúdo da lei” e assim “colocar-se do ponto de vista do legislador e produzir artificialmente seu pensamento.” (SAVIGNY, 2004, p. 24) Naturalmente, pode-se entender essa afirmação de maneira objetiva e não subjetiva: o intérprete deve colocar-se no ponto de vista de *qualquer um* que legislasse sobre o assunto. Estaria em busca, portanto, do pensamento da lei objetivamente considerado, não do legislador subjetivamente considerado. Entretanto, a linguagem usada por Savigny presta-se a ser entendida como se o “pensamento” contido na lei fosse um pensamento pensado por um sujeito individual, por um príncipe.

¹⁴O pesadelo, diz ele, é que os juízes criem *ad hoc* o direito, eles mesmos sopesando os interesses e utilidades em confronto nos casos. O nobre sonho consiste na crença em uma justificação fundamental de todas as decisões judiciais em princípios. De um lado, estão os utilitaristas (e empiristas) de toda sorte; do outro, os normativistas (como Rawls e Dworkin, diz ele).

¹⁵Devo destacar de início que Lenio Luiz Streck (2007, p. 63-89) manifesta reflexão no mesmo campo. Ele lamenta, aliás, que no Brasil ainda não tenha havido suficiente recepção da “viragem linguística”. O uso por juristas e teóricos do direito da hermenêutica filosófica na vertente de Paul Ricoeur ou Gadamer encontra-se em trabalhos como os de George Taylor (c2010), Bernard Dauenhauer (c2010) ou Francis Mootz III (2003). A apropriação de Wittgenstein tem diversas vertentes e aparece com clareza no livro de Dennis Patterson (1992).

hermenêutica.¹⁶ Nas palavras de MacCormick, Hart rejeitou explicitamente a teoria de que regras são comandos ou imperativos, assim como a de que são simplesmente proposições preditivas ou proposições que dão base a previsões do que as pessoas fariam em certas circunstâncias. Seu caminho novo foi hermenêutico, aproximando-se da filosofia de Wittgenstein e Weber (MACCORMICK, 1981, p. 29-30). Hart deve isso ao trabalho de J. L. Austin e de Peter Winch.¹⁷

3. Afastamento do positivismo

3.1. Hermenêutica filosófica e filosofia da linguagem

As últimas décadas do século XX redescobriram duas perspectivas relativamente esquecidas nos anos anteriores, correspondentes à *filosofia hermenêutica* e à *filosofia da linguagem*. Trata-se de duas correntes como que opostas, mas semelhantes quanto a suas distâncias com relação ao positivismo e ao idealismo dominantes em muitas áreas. Para quem percebe as diferenças, a primeira – a hermenêutica – é um desdobramento da filosofia do sujeito e da consciência, de estilo fenomenológico, herdeira de Edmund Husserl; a segunda – a filosofia analítica – é de matriz lógica, herdeira do segundo Wittgenstein. Para os que per-

¹⁶“Hart brought a hermeneutic turn to analytical legal philosophy in general and legal positivism in particular. That is, He emphasized the importance of the participant’s perspective. A theory of Law is better, Hart argued, to the extent that it incorporated ‘the internal point of view,’ the perspective of a participant for whom legal rules give reasons for action.” (BIX, 2009, p. 102)

¹⁷John L. Austin (1911-1960) vinha trabalhando em Oxford com a filosofia da linguagem, e o resultado mais conhecido desse esforço é o *How to do things with words* (conferências de 1955, publicadas em 1962). Peter Winch (1926-1997) publicou seu *The idea of a social science and its relation to philosophy* em 1958. Para Winch, compreender uma ação exige do “observador” uma reconstrução da mesma ação do ponto de vista das normas segundo as quais a ação foi praticada (WINCH, 2008, p. 81-82). O livro de Winch tornou-se um clássico, estando hoje na base de muitas das ideias desenvolvidas, por exemplo, por Pierre Bourdieu (1998). Apel elaborará ainda essa ideia de Winch: “Partindo de Wittgenstein, ou da interpretação de Wittgenstein proposta por Peter Winch, pode-se dizer, em minha opinião, que a pergunta decisiva a ser posta e respondida pelo cientista social, ao contrário do que se dá com o cientista natural, é a seguinte: as regras que o cientista precisa apor ao comportamento de objetos humanos da ciência para proceder à ‘descrição’ dos assim chamados ‘dados’ são seguidas, afinal, por esses mesmos objetos enquanto sujeitos do comportamento? Quais são, por exemplo, os critérios com base nos quais posso saber que um ser humano cujo comportamento observo está lendo, ouvindo rádio, jogando xadrez, usando um interruptor de luz, etc.? Como o linguista pode saber que um assim chamado ‘native speaker’ está realmente falando e que, ao fazê-lo, está seguindo determinadas regras? – A resposta a perguntas desse tipo só pode ser obtida por meio de uma comunicação vinculada a jogos de linguagem – que é sempre indireta e reflexivamente distanciada – o que também equivale a dizer: por meio de um método de ‘compreender’. De acordo com isso, os conceitos a serem aplicados nas ciências sociais têm, *em princípio*, que *poder* ser utilizados pelos objetos da ciência, como seus sujeitos virtuais, para o próprio autoentendimento. Nisso reside, a meu ver, a abordagem básica de uma fundamentação da ‘hermenêutica’ ou da ‘dialética sujeito-objeto’” (APEL, 2000, p. 306).

cebem a semelhança, ambas apontaram para limites do positivismo: primeiro, destacaram a razão em sua dimensão discursiva, dialógica e pragmática; segundo, apontaram para a relação entre pensar e agir, ou seja, para aquilo que se chamava a *razão prática*, os motivos e as razões para agir. Vale dizer, o modelo da ação humana foi diferenciado dos eventos do mundo, dos movimentos, dos acontecimentos puros e simples.

Segundo a filosofia hermenêutica, cujos expoentes foram Hans Georg Gadamer e Paul Ricoeur, a interpretação não se limita a uma disciplina, mas constitui-se numa dimensão da existência do próprio ser humano. Estabeleceu-se com dupla pretensão a distanciá-la de sua origem remota: de um lado, desejava desvincular-se de uma possível inclinação psicologizante¹⁸; de outro, pretendia superar a discussão metodológica, tão cara às ciências naturais, para propor uma busca da verdade cujo ponto de partida não fosse o método. Nas atividades humanas e nas disciplinas que as estudam, não é possível pretender um método como o das ciências naturais. O método não leva longe nas práticas humanas. Poderíamos dizer que não existem algoritmos de decisão. Isso não se deve a um defeito, ou falta de *desenvolvimento* das disciplinas: trata-se de levar a sério a natureza de seu objeto, a ação humana. Não existem algoritmos de decisão para os agentes do ponto de vista de sua vida, dos compromissos que assumem, da direção que dão a sua biografia. A constatação da impotência do método para dirigir uma vida não significa, porém, que a decisão seja irracional. Ao contrário, a proposta da filosofia herme-

nêutica é retomar os problemas clássicos da inteligibilidade e da racionalidade da ação, da deliberação, dos sentidos.

A filosofia analítica da linguagem ordinária, por seu lado, pretendeu dar resposta àquilo que lhe pareceram os desafios do logicismo. Conta-se que o economista italiano Piero Sraffa, conversando com Wittgenstein, fez o típico gesto napolitano que significa “sei lá” ou “e daí?” e perguntou ao filósofo: “Qual a estrutura lógica disso?” (MONK, 1995, p. 240). O episódio é narrado para dizer como, a partir dessa surpresa, Wittgenstein transformou a lógica da linguagem ordinária no foco de seus trabalhos a partir dos anos de 1930. O gesto do napolitano pode não ser uma asserção com valor de verdade, mas realmente quer dizer alguma coisa e pode ser compreendido.

Pode-se dizer que a preocupação com a linguagem levou ainda a uma terceira onda de reflexões relevantes: a ética do discurso e, a seguir, a pragmática universal. Particularmente na obra de Apel, essa terceira linha apresenta mais de uma tentativa de relacionar, quando não integrar, a hermenêutica e a filosofia analítica.¹⁹

Tanto a filosofia analítica quanto a filosofia hermenêutica pressupõem que o agente e falante domina minimamente algum sentido, de modo que possa explicar e justificar aquilo que faz. O sentido de uma ação individual, de uma atividade e de um discurso compartilhados, para ficar nestes três exemplos, funciona como um *prius* lógico. Não se trata apenas dos discursos. As duas correntes tomam o discurso como caso exemplar, mas o que está efetivamente em jogo é a ação humana. A ação humana não é uma das coisas que acontece no

¹⁸Ricoeur (1991), particularmente no capítulo 2, mostra como o início da teoria foi marcado pelo desejo de compreender um outro em particular e se deslocou para o problema da compreensão propriamente dita, uma “teoria das operações do entendimento” (p. 53). Ver também Apel (2000, p. 96).

¹⁹Ver especialmente Apel (1998a; 2000). Fazendo também uma aproximação das duas filosofias, mas colocando alguns problemas em relação à tentativa de Apel, ver Ricoeur (2011, p. 113-118).

mundo, pois para que ela aconteça é preciso que haja alguém que a realize. A ação é, portanto, criação especial dos seres humanos, não dá em árvores. E toda ação pode ser dita, pode ser expressa. Assim, toda ação humana está implicada num seu discurso (RICOEUR, 1988). Tudo que fazemos pode ser expresso. As perguntas “o que você fez?” e “por que você fez isso?” sempre podem ser feitas e sempre podem ser respondidas, e suas respostas são sempre do mesmo tipo. A pergunta “o que você fez?” é respondida incluindo a ação em alguma prática conhecida. Posso responder: “cuidei do jardim”, “comprei alguma coisa”, “descansei”, “ensaiei uma apresentação teatral”, “escrevi uma novela”, “fundei uma associação” etc. Qualquer dessas práticas dá inteligibilidade à minha ação, dá o *todo* dentro do qual se insere a *parte*, minha ação singular. À pergunta pelo “porquê” responde-se indicando motivo, razão, eventualmente finalidade. Posso responder: “cuidei do jardim porque ele estava morrendo”, ou “cuidei do jardim para agradar minha pessoa amada, que gosta do jardim”, e assim por diante. Essas explicações, esses porquês de minha ação não são causas. Não indico um antecedente externo que me haja movido. Não digo, por exemplo, cuidei do jardim porque a pressão barométrica chegou a tanto e afetou meu cérebro de tal modo que *sem pensar, por absoluto constrangimento* pulei da cama e saí cuidando do jardim.

Qualquer ação pode ser dita e qualquer discurso desenvolve-se dentro de uma linguagem; mas, como adverte Wittgenstein, há muitas linguagens, muitas formas de vida. Dentro de cada uma delas pressupõe-se algum sentido. Demonstrar uma equação e cantar uma cantiga de roda (ciranda) são duas atividades distintas, cada uma delas tendo seu próprio sentido (WITTGENSTEIN, 1991). Quem não entende o sentido da atividade não é capaz de realizá-la de forma autônoma. Precisar sempre de alguém a guiá-lo em cada “jogada” individual. Se a explicação fosse empírica, psicológica, diríamos que o agente internaliza por meio da repressão um comandante abstrato que o obriga a realizar as ações. Se, porém, buscarmos uma explicação mais elegante e unitária, que dispense a multiplicação dos “eus” ou das “mentes” interiores, diríamos que o agente apreendeu e aprendeu a usar, autonomamente ele mesmo, aquela linguagem, como aprendeu a usar a linguagem natural.

Na filosofia hermenêutica destaca-se o caráter histórico do sentido. Ele é percebido não do ponto de vista de um agente racional imerso no “jogo”, mas do ponto de vista de um participante numa *tradição*, alguém que entra num mundo que já está pronto. O fato de o sentido preexistir aos agentes pode ser entendido como preexistência temporal. Justamente por isso o caráter “tradicional” do sentido é destacado em Gadamer. Naturalmente, porém, esse sentido tradicional precisa ser

apreendido intelectualmente. Essa apreensão necessita, pois, de uma dimensão lógico-semântica e de consciência da historicidade do sentido mesmo. Não se trata mais de verificar uma representação mental, que se possa fazer a sós, *solipsisticamente*, mas se trata de participar de um contexto.²⁰ A compreensão dá-se na participação em uma tradição. A semântica determina a extensão e intensão dos termos e isso constrange seu uso. Trata-se de um constrangimento de caráter conceitual e racional, por isso lógico.

Em síntese, ambas lidam com o *sentido* das atividades e, por caminhos diferentes, consideram-no objetivo, isto é, independente do agente singular, embora não independente dos agentes humanos.²¹ No caso da filosofia analítica, ele é objetivo por ser condição de entendimento mútuo: da mesma forma como qualquer linguagem existe como linguagem objetivamente, como artefato que torna possível o pensamento em comum, as práticas das diversas linguagens existem objetivamente. No caso da filosofia hermenêutica, a dimensão temporal da experiência de apreender e modificar o sentido da linguagem vem em primeiro plano. Em ambas, o sentido é um *prius* ou pressuposto de qualquer discurso. Para ambas o sentido não pertence ao agente individual. A

²⁰ O contexto é o que permite escapar da natural polissemia da linguagem, ensina Ricoeur. O contexto é a contrapartida seletiva das polissemias. A interpretação, diz ele, depende dessa atividade de discernimento dos contextos, sem os quais não é possível escapar da polissemia. Ver Ricoeur (1991, p. 54-55).

²¹ McCabe explica claramente esse ponto ao interpretar o pensamento de Tomás de Aquino a respeito: meus pensamentos são meus pensamentos, mas não são meus pensamentos no sentido privado de como o de minha dor é minha dor. Embora sendo meus, só podem ser pensados por meio de uma linguagem que não é minha, mas de minha comunidade (a comunidade linguística, diz ele). Assim, quando criamos significados (e discursos, digo eu), cada membro da comunidade (falante) opera simultaneamente com a totalidade. “This means that in creating meanings, in using language, I behave in a way that is not simply individual” (McCABE, 2005, p. 35).

criação do sentido ultrapassa a intenção dos agentes individuais.

Ambas as filosofias foram obrigadas a enfrentar o problema clássico da relação entre sujeito e objeto, colocado pela tradição positivista e cientista. Tratava-se ainda da pretensão de que a racionalidade se concentrava apenas na linguagem assertivo-descritiva das ciências naturais. Fora dela haveria apenas o “blá-blá-blá”, o sem-sentido. Essa concepção de racionalidade havia invadido mesmo o pensamento moderno a respeito da sociedade. Pretendia “reduzir os objetos comportamentais da tecnologia ao status de objetos naturais sem voz” (APEL, 2000, p. 17). O modelo dependia de os sujeitos serem tratados como objetos, mas isso sempre foi o ponto mais fraco das ciências sociais, impedindo-as de se assemelharem às ciências propriamente ditas da modernidade.²² O segundo Wittgenstein deu resposta a esse problema postulando a pluralidade dos jogos de linguagem, das formas de vida e, portanto,

²² Como disse MacIntyre (1981), o que impede a previsibilidade nas ciências sociais não é um defeito que possa ser superado com sofisticação de técnicas de coleta de dados ou de método. O que as impede de serem ciências no sentido moderno é aquilo mesmo a que se referem, ou seja, as relações e os sujeitos humanos. “The Record of social scientists as predictors is very bad indeed, insofar as the Record can be pieced together. No economist predicted ‘stagflation’ before it occurred. [...] One could go on multiplying examples of predictive ineptitude of economists, and with demography the situation has been even worse, but this would be grossly unfair; for economists and demographers have at least gone on Record with their predictions in systematic fashion. But most sociologists and political scientists keep no systematic records of their predictions and those futurologists who scatter predictions lavishly around rarely, if ever, advert to their predictive failures afterward” (MACINTYRE, 1981, p. 89). Ele indica quatro fatores a impedir a previsibilidade: inovação conceitual radical, a imprevisão do próprio agente (ações são concebidas de dentro, não de fora do agente: o observador pode tentar prever a ação alheia, não a própria), o caráter reflexivo, aberto e ilimitado do “jogo social” e o conhecimento imperfeito de todas as variáveis, e, finalmente, a contingência pura e simples: o tamanho do nariz de Cleópatra, como disse Pascal (MACINTYRE, 1981, p. 89-94). O fato de a mudança social ser imprevisível não implica que é inexplicável (explicação e previsão são diferentes).

dos sentidos próprios a cada espécie de prática ou atividade. Na verdade, Wittgenstein postulava que não existe apenas uma forma de racionalidade, mas muitas delas.

O problema estava em tomarmos por racional apenas o uso da dedução (a forma lógica da inferência) ou a explicação da necessidade causal. A “demonstração matemática”, a “verificação empírica” e as “atividades artísticas” são distintas formas de vida, distintos jogos de linguagem, cada um deles submetido a um regime de racionalidade, se quisermos. Vale lembrar a velha constatação de Aristóteles: “Todas as pessoas cultas sabem que não se pode ter o mesmo regime de rigor em diferentes campos de discurso”.²³ A filosofia analítica nega, portanto, que todos os discursos racionais se submetem ao mesmo modelo das descrições ou das explicações causais. Em contrapartida, a hermenêutica filosófica, exposta por Gadamer e seguida por Ricoeur, nega que o método científico seja capaz de desvendar a verdade ou, mais propriamente, o sentido de discursos não científicos, como o são o discurso estético e o discurso prático (moral e jurídico). Nessa perspectiva, inventar histórias (*poiesis*), narrá-las e a ser capaz de segui-las são formas de racionalidade, pois exige o uso da palavra (*logos*), abstração da situação sensorial imediata (*nous, intellectus*) e obediência a preceitos (regras) próprios do campo em que se dá a composição ou narrativa. Igualmente o são o seguimento de regras e a justificação de decisões. Superada a concepção estreita de racionalidade tirada da ciência moderna, restabelecido que falar é uma forma de agir, que o uso da linguagem ordinária abrange a racionalidade e que o mundo dos sentidos dentro dos quais os seres humanos se movem não é semelhante ao “mundo lá fora” dos objetos das ciências naturais, abria-se a porta para superar a submissão ao positivismo.

Gostaria de salientar todas essas filosofias como estimulantes das mudanças que se podem observar na teoria do Direito e na revalorização da decisão e da aplicação do Direito, ressaltando o que têm de potencialmente em comum: uma renovada abordagem do problema da ação humana. Todas elas levam a sério a questão da ação humana. Seja na forma de um diálogo e esforço para compreensão recíproca, seja na forma da compreensão de uma atividade dentro da qual se dá certa

²³ A expressão clássica encontra-se na *Ética a Nicômaco*: “Nossa discussão será adequada se tiver tanta clareza quanto comporta o assunto, pois não se deve exigir a precisão em todos os raciocínios por igual, assim como não se deve buscá-la nos produtos de todas as artes mecânicas. [...] Ao tratar, pois, de tais assuntos, e partindo de tais premissas, devemos contentar-nos em indicar a verdade aproximadamente e em linhas gerais. [...] Pois é próprio do homem culto buscar a precisão em cada gênero de coisas apenas na medida em que a admite a natureza do assunto. Evidentemente não seria menos insensato aceitar um raciocínio provável da parte de um matemático do que exigir provas científicas de um retórico.” (ARISTÓTELES, 1973, p. 20-25). Ver ainda Berti (2000, p. 12-14), em que se mostra como o conceito de razão foi limitado pelos modernos à *ratiotinatío*.

ação, seja na submissão a uma comunidade ideal, todas elas dependem de partirmos do problema e do conceito básico de ação humana. Na filosofia da ciência moderna isso havia sido descartado porque a ação era tomada por um movimento, e como movimento deveria ser explicada pelas causas, os antecedentes exteriores, necessários e suficientes para dar conta do movimento de um corpo. Quando pensamos que a ação tem um aspecto interno, que se chama de razão, motivo, inteligibilidade e que para acontecer ela depende de ser realizada por um sujeito/agente, que poderia não realizá-la, toda explicação mecânica, orgânica e causal mostra-se insuficiente. Não compreendemos uma ação dando-lhe causas exteriores. Ela é compreendida quando nos damos conta de sua razão, motivação, *inteligibilidade*. Nesses termos, a ciência do Direito poderia desvencilhar-se do ideal de ciência transmitido pelo século XIX.²⁴

3.2. Compreensão e interpretação: diferenças

A reflexão filosófica voltou, pois, a considerar os sentidos constituídos linguisticamente como ponto de partida relevante. Wittgenstein chegou a falar que a filosofia era uma espécie de gramática, mas gramática que não se reduzia a um tipo de linguagem. Gadamer apresentou a hermenêutica como universal, pois tudo o que somos capazes de pensar é fruto de linguagem, da *Sprachlichkeit* dos seres humanos. Assim, a dimensão interpretativa e compreensiva de nossas vidas voltou a tona como ponto fundamental. Isso também veio mostrar que a compreensão é cotidiana e corriqueira, e que os casos que necessitam de “interpretação” não podem ser tomados como os casos paradigmáticos. O mais estranho da linguagem não está nos equívocos que gera, mas no entendimento generalizado que proporciona. O compreender, como primeira atividade do intelecto, o *apreender* conceitos, a *intelecção*, o velho *habitus principiorum* (hábito ou virtude de compreender os primeiros princípios, ou formar conceitos), volta a aparecer.

No caso da filosofia analítica, o argumento encontra-se na célebre inquietação de Wittgenstein (1991, p. 201-202) ao falar de dois tipos

²⁴ Cesar Rodriguez (1999), na introdução que faz ao ensaio de Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, afirma com toda razão que “a teoria do direito contemporânea, concebida fundamentalmente como uma indagação acerca da prática jurídica [...] gira em torno de duas perguntas inquietantes e sempre recorrentes. De um lado, os sistemas jurídicos são internamente coerentes ou incoerentes? De outro, os juízes são aplicadores neutros das normas jurídicas ou criadores do direito inspirados por razões políticas e morais?” Segundo MacCormick, toda a discussão da teoria do direito voltou-se para o tema das razões para agir. Mesmo um positivista como Raz está hoje preocupado com as razões jurídicas que podemos ter e com as diferenças específicas das razões jurídicas para agir. Ele não cai, porém, na mesma linha dos positivistas que o antecederam e cuja preocupação era com as normas em si: seu objeto de reflexão diz respeito ao processo decisório.

de interpretação. Diz ele que *deve haver alguma forma de compreensão que não consista na interpretação*. Traduzir é dizer a mesma coisa com outro discurso ou noutra língua. Compreender exige o saber fazer, o dominar uma técnica. Ele dirá que quando compreendemos é como se apreendêssemos “de golpe” (WITTGENSTEIN, 1991, p. 138). Em cada campo, prática, atividade, jogo de linguagem ou forma de vida existem os conceitos iniciais, esses princípios. Sem apreendê-los, ou colocando-os em dúvida, por ignorância ou de propósito, não avançamos em nada naquele campo.²⁵ Compreender, portanto, não pode ser o mesmo que traduzir ou explicar o que se compreendeu. A hermenêutica jurídica consiste, pois, no agir, no dominar a técnica ou *jogo* para realizar naquele momento preciso a *jogada* ideal. A ação singular entra numa prática que a antecede logicamente e que a abrange em termos de significado. A ação singular insere-se no universal da prática.²⁶

A filosofia analítica e a filosofia hermenêutica dirigem a reflexão para a condição essencial da vida como animais de linguagem, experiência dentro da qual criamos os sentidos.

²⁵ Ver Kenny (1993, p. 56) Essa apreensão de sentidos pode ser comparada ao *habitus principiorum* de que fala Tomás de Aquino, a capacidade de inteligência, intelecção ou apreensão de conceitos. Ver também Cuter (2011). Explica Wittgenstein (2012, p. 219): “Um aluno e um professor. O aluno não deixa que nada seja explicado, pois ele interrompe continuamente (o professor) com dúvidas como, por exemplo, sobre a existência das coisas, sobre o significado das palavras, etc. O professor diz: ‘Não me interrompa mais e faz o que te digo; as tuas dúvidas ainda não fazem qualquer sentido.’” Uma pessoa razoável não pode ter certas dúvidas. “Se ela duvidar *disso* – seja o que for que signifique aqui ‘duvidar’ –, jamais aprenderá esse jogo” (WITTGENSTEIN, 2012, p. 225).

²⁶ Eu não poderia ter a intenção de jogar uma partida de xadrez se não existisse a técnica (ou prática) de jogar xadrez. Cada ação, movimento ou jogada depende de haver uma prática que a antecede e abrange (WITTGENSTEIN, 2012, p. 337). Ideia semelhante é usada por John Rawls (1955): existem regras que constituem uma prática e são de natureza diferente das regras que regulam as ações singulares dentro dessa mesma prática.

A filosofia da linguagem parte de um *prius* lógico, no qual deveríamos incluir o nível semântico. Vale dizer, a filosofia da linguagem toma as regras do falar como ponto de partida e essas regras consistem tanto em regras morfológicas (relativas aos termos) quanto em regras de formação das proposições e regras de articulação das proposições entre si. Mas não é só isso. A formação e o uso dos conceitos são o primeiro passo lógico. Ora, os conceitos não apontam para coisas apenas. Essa seria uma concepção exclusivamente referencial da linguagem, que Wittgenstein critica como noção simplificada da linguagem. Os termos não servem apenas para apontar para coisas, para nomear coisas “lá fora”. Podem-se fazer muitas coisas com a linguagem, podem ser jogados diferentes jogos de linguagem. O sentido depende, portanto, do uso.²⁷ Por outro lado, se o sentido está dentro de um campo, atividade, ou prática, tornar-se inteligível nesse campo exige que se faça o uso dos termos e dos conceitos segundo certos limites. É isso que se expressa, muitas vezes, quando se diz que *não é lógico* em certa situação ou campo dizer tal ou qual coisa. A lógica, aí, não é apenas o conjunto de regras de inferência. Trata-se propriamente da extensão de um termo, ou seja, daquilo que pode ser significado por ele. E essa extensão, digamos, depende também de sua intensão. Dessa forma, a semântica impõe limite, e o uso adequado dos termos é um limite lógico.

E o que diz a filosofia hermenêutica? Diz que esse sentido, que se compreende de

²⁷ O primeiro método para superar a ambiguidade ou a equivocidade de um termo ou de uma frase consiste em inseri-los num todo superior e maior (BENVENISTE, 1976) ou num contexto (RICOEUR, 1991). E parece ser exatamente essa a longa tradição jurídica, segundo a qual toda norma precisa ser inserida no seu contexto normativo (interpretação sistemática) e material (interpretação teleológica).

maneira lógica, é produzido historicamente e pressupõe certo uso, e esse uso tem sua dimensão distendida no tempo. Não se trata da afirmação trivial de que tudo é histórico e transitório. Trata-se de saber que o sentido se apreende dentro de certo mundo, inclusive certa língua/linguagem que já está pronta. A língua é sistema abstrato, é estrutura. Suas regras não estão disponíveis para os falantes individualmente. É simultaneamente o aspecto formal de todos os discursos, a condição de realização de qualquer discurso, de tal maneira que nenhum discurso, por mais referido e episódico que seja, pode escapar do caráter abstrato da língua.²⁸ Do ponto de vista da filosofia hermenêutica, essa subordinação ao esquema abstrato da língua é o fato fundamental da entrada de cada um de nós em um ambiente produzido historicamente.²⁹ Isso corresponde à *tradição* na filosofia hermenêutica.

²⁸ Émile Benveniste (1976, p. 129) tem uma feliz expressão sobre isso. Os elementos meramente estruturais da língua, como os fonemas, os morfemas, as palavras (lexemas), podem ser contados: eles são em número finito. É possível, por isso, fazer dicionários e gramáticas normativas. As frases, que são as unidades de sentido, são infinitas. Fonemas, morfemas, palavras (lexemas) têm uma distribuição em seus respectivos níveis e um emprego em um nível superior. Ou seja, fonemas no nível fonético, morfemas e lexemas no nível das palavras e termos distinguem-se uns dos outros e têm usos restritos, pois só se identificam por oposição uns aos outros. As frases não têm nem distribuição nem emprego. Elas não são simples composições que se criam por sucessão diacrônica.

²⁹ McCabe (2008, p. 35) esclarece ponto relevante. Pertencer à espécie humana é um fato biológico como para qualquer outro animal o é pertencer a sua própria espécie. Mas a nossa é uma espécie linguística. Assim, pertencemos a nossa espécie pertencendo também a alguma comunidade linguística. Todos os seres humanos pertencem a comunidades linguísticas. Cada um de nós, ao pertencer a uma comunidade linguística, participa da operação da comunidade inteira produzindo *sentidos*: ao criar significados, ao usar a língua, comporta-me de um modo que não é individualmente. Citando Tomás de Aquino, McCabe esclarece que no compreender/entender (*understand*) o sujeito transcende sua materialidade (individualidade). Formula *seus* pensamentos, mas seus pensamentos não são seus pensamentos *privados*. Pode mantê-los privados (pelo silêncio) e pode mentir, mas para tê-los é obrigado a pensá-los por meio de sua própria língua, que não é algo privado seu (McCABE, 2008, p. 37).

Existe, pois, uma analogia possível entre a lógica na filosofia da linguagem e a tradição na filosofia hermenêutica. Se para a filosofia da linguagem não pode haver a linguagem privada, na filosofia hermenêutica não pode haver agente fora de certa tradição. Todos os *meus* pensamentos dão-se dentro da língua, cuja semântica e cuja sintaxe estão *fora de meu controle individual*. O falante e o agente, dessa perspectiva, subordinam-se a algo que os transcende e supera. Para a filosofia hermenêutica, o destaque é dado ao aspecto temporal dessa relação do agente com a língua e as práticas: não apenas elas se impõem a ele como condição de inteligibilidade de tudo o que faz, mas o antecedem temporalmente, daí seu caráter tradicional.³⁰ Em outras palavras, a antecedência lógica da língua dá o tom da filosofia analítica. A antecedência histórica do mundo social dá o tom da hermenêutica filosófica.

Para a filosofia analítica, a linguagem está aí como condição de possibilidade de pensamento.³¹ De certa maneira, a linguagem volta a ter a importância que teve outrora para a filosofia antiga e medieval (POUIVET, 2014), para as quais o começo do pensamento crítico se dava na tentativa de compreender adequa-

³⁰ Ricoeur (2011, p. 106-107) esclarece esse ponto parafraseando o próprio Gadamer: “A reabilitação do preconceito não significa submissão a toda tradição, mas apenas a impossibilidade de se subtrair à condição de transmissão histórica.” [...] “A contrapartida da autoridade da tradição é o reconhecimento (*Anerkennung*) de sua superioridade.” [...] O que, definitivamente, tem autoridade é a tradição a partir da qual nos questionamos. Admitir não é sacrificar a razão. Pois a ‘preservação’ (*Bewahrung*) de uma herança cultural não existe sem crítica.”

³¹ Wittgenstein (1991) faz a crítica dessa ideia em diversos segmentos de Investigações filosóficas, como no § 335, quando indaga se a linguagem é um meio de expressar pensamentos que já teríamos sem ela. Antes disso, no § 304 ele já antecipava que deveríamos romper “radicalmente com a ideia de que a linguagem funciona sempre de *um* modo, serve sempre o mesmo objetivo: transmitir pensamentos – sejam estes pensamentos sobre casas, dores, bem e mal, ou o que seja.”

damente o pensamento – sempre expresso em linguagem – e de escapar das ambiguidades e contradições inerentes ao fato de termos menos palavras do que seres, ou seja, ao fato de que pensar é de certo modo abstrair-se das contingências.³² Nela também o sentido (a semântica de um jogo, uma prática, ou forma de vida) constitui o *prius* lógico de toda interação. Portanto, quando se fala da filosofia analítica da linguagem, não se fala apenas da lógica dos juízos. Fala-se também da esfera propriamente semântica, uma vez que os sentidos, os conceitos e os campos determinam o que se pode fazer com aquela linguagem. Afinal, qualquer campo do saber, qualquer atividade ou prática que se possa conceber e na qual se possa participar tem seus princípios. Sem os possuímos, não se pode dizer que sabemos qualquer coisa dentro daquela disciplina ou campo.³³

Ambas as filosofias, portanto, sugerem algo: compreender não equivale a traduzir pura e simplesmente.³⁴ Também não consiste em penetrar na mente alheia por meio de artifícios psicológicos. O “entrar na mente alheia” é substituído pelo compartilhar sentidos existentes num certo campo, mesmo que tais sentidos possam ser objeto de disputa. Wittgenstein (1991) afirmava:

³² Basta ver como Aristóteles começa a *Metafísica*. Heidegger, no *Sofista*, retoma justamente esse fio condutor, destacando que a metafísica platônica e aristotélica dependia de uma compreensão do papel do *logos*, ao mesmo tempo discurso, sentido e razão das coisas. Na mesma linha, a constatação de Apel (2000, p. 198-205). Ver ainda Berti (2000).

³³ Ver o início da *Física*, de Aristóteles.

³⁴ Ricoeur afirma que se pode falar de interpretação em sentido amplo, caso em que interpretação adquire a mesma extensão que compreensão e em última instância que pertencimento ou pertença. (RICOEUR, 1991, p. 31). Riccardo Guastini (2005) também leva em conta um sentido lato de interpretação ao dizer que interpretar é atribuir significado a uma formulação normativa, e um sentido estrito, em que interpretação se refer a atribuir significado a formulações normativas incertas ou controversas. Mas nem tudo é duvidoso ou dubitável o tempo todo.

existe uma regra que não é uma interpretação e que se manifesta, em cada caso de seu emprego, naquilo que chamamos “seguir uma regra” e “ir contra ela”. Eis porque há uma tendência para afirmar: todo agir segundo a regra é uma interpretação. *Mas* deveríamos chamar de “interpretação” apenas a substituição de uma expressão da regra por uma outra.

Pode-se estar num campo de atividade, e normalmente é isso que se dá, sem que coloque em dúvida tudo todo o tempo. Alguém que coloca tudo em dúvida todo o tempo é um ignorante do campo. Esta é, aliás, a posição tradicional dos que diziam que apenas as leis incertas, dúbias, obscuras ou equívocas careciam de ser interpretadas. “Todo Direito é certo ou incerto. Sobre o que é certo nenhuma interpretação é necessária, senão para os ignorantes, para quem tudo é incerto.”³⁵ E, se compreendo, não preciso ter a todo momento dúvidas sobre o significado ou o sentido da regra. Eu a compreendo dentro de um campo inteiro, dentro de um jogo de linguagem. Colocar em dúvida tudo durante todo o tempo só pode significar duas coisas: ou se é ignorante dos princípios mais elementares do campo, ou se está agindo de propósito. No último caso, ou se faz isso com um propósito propriamente crítico, para desnudar algum elemento ignorado pela prática corriqueira, ou se faz isso para

³⁵ “Omne ius aut certum aut dubium est, ut Fabius ait Lib. I, 2, c.3. Certis iuris nulla interpretatio desideratur, nisi apud imperitos, apud quos omnia sunt incerta” (DUAREN, 1768, p. 10). Retomando esse velho tema, veja-se Schauer (1985, p. 414), quando diz que, na imensa maioria dos casos, os resultados jurídicos esperados e alcançados são considerados “óbvios”. E por que alguns casos são difíceis? Ele repete o saber jurídico tradicional: por causa da vagueza das expressões linguísticas, por causa da contradição entre a expressão da norma e o fim expressamente proposto, pela pluralidade de normas antinômicas, ou pela contradição da norma com algum preceito básico de moralidade. Tudo isso sabido desde que o direito se tornou um saber profissional no Ocidente, claro.

impedir que o diálogo avance regularmente; em outras palavras, pode haver má-fé de quem levanta dúvidas descabidas. De toda maneira, não é sensato colocar tudo em dúvida de uma só vez.

Quando falamos que toda lei carece de interpretação, assumimos um ponto de vista que hoje conta mais de duzentos anos.³⁶ Eu diria que é essa concepção do Direito que hoje se encontra em xeque. Não para abandonar a legalidade ou a positividade do Direito, mas para deixar de lado certa ideia do “saber” ou da “ciência do Direito”. Significa o surgimento de nova aproximação da filosofia e da teoria do Direito com a filosofia prática, a filosofia da ação, ou razão prática. A mudança consiste em abandonar a pretensão de objetividade e de certeza do conhecimento sobre o Direito com forma de ciência natural. Significa abandonar muito da perspectiva epistemológica moderna.³⁷ Por isso, digo que a questão diz respeito não à positividade do Direito, mas à positividade do saber sobre o Direito.

4. Conclusão: compreensão e prática no Direito

Nem todos se têm dado conta da importância dessas filosofias para entendermos mais adequadamente o Direito, ou melhor, para mudarmos nosso conceito de Direito. A filosofia do Direito durante dois séculos colocou-se na perspectiva das ciências modernas: ela assumiu uma postura epistemológica. Em outras palavras, os juristas andaram à pro-

³⁶Tércio S. Ferraz Jr. (1988, p. 239) diz que essa ideia é um postulado do Direito moderno.

³⁷Este me parece ser o entendimento de Apel (2000). Diz ele: “Gradativamente, porém, vai se impondo a seguinte questão: pode-se chamar de ‘ciência’ uma arte do acordo mútuo? (Pois na Idade Média a gramática, a retórica e a dialética eram chamadas *artes sermoneales*, e das duas primeiras nasceu a hermenêutica humanista). *Pode-se chamar assim uma arte que não pesquisa os seres humanos como objetos, mas que garante a intersubjetividade do pensar?* A ciência não pressupõe a intersubjetividade da linguagem como algo já construído, e enquanto condição de possibilidade de suas próprias proposições?” (APEL, 2000, p. 50, grifo nosso). Quando queremos fazer uma “ciência” da prática, entramos numa perspectiva para a qual a epistemologia moderna não tem métodos adequados. Ele então apela para a noção de Winch, pois toda ação significativa tem um componente reflexivo e inteligível, “caracteriza-se para nós por estar pressuposta nela a noção de um princípio [...] Parece-me que Winch aproxima-se aqui dos conceitos de ‘poder-ser-no-mundo’ ou de ‘compreender-se na situação’, os quais, desenvolvidos por Heidegger, em *Ser e Tempo*, e transformados há pouco tempo no fundamento de uma *filosofia hermenêutica*, por H.-G. Gadamer, contém implicitamente uma compreensão apriorística do ser. *Algo de comum entre as tentativas de uma fundamentação da hermenêutica que tomam Wittgenstein e Heidegger com pontos de partida é a rejeição de uma fundamentação psicológica do compreender, ou seja, uma rejeição do pressuposto do solipsismo metódico como consequência última da metafísica cartesiana do sujeito e do objeto, própria à Era Moderna*” (APEL, 2000, p. 96, grifo nosso). “A confrontação crítica com Weber ou, melhor dizendo, com o conceito alemão tradicional de ‘sociologia compreensiva’ e de ‘psicologia compreensiva’ leva Winch a abandonar as teorias da intuição em sentido amplo [...] e então eleger a participação prática em um jogo de linguagem, ou em seu respectivo ‘hábito’ ou ‘instituição’ social, como o pressuposto para todo Compreender” (APEL, 2000, p. 93).

cura dos limites do conhecimento do Direito, mas assumindo que o Direito seria uma coisa que se poderia conhecer como algo que é dado. Daí a grande relevância do positivismo na teoria do Direito. O positivismo metodológico não se referia apenas à existência de um objeto chamado Direito positivo. Dizia respeito muito mais ao método de conhecimento, o qual pressupõe a existência de objetos de certa natureza, objetos “ontologicamente objetivos”.³⁸ O Direito, no entanto, é ontologicamente subjetivo, pois apenas existe como artefato institucional e é posto no mundo por sujeitos humanos. Pode-se conhecê-lo objetivamente, embora esse conhecimento seja de natureza diferente do conhecimento dos objetos que existem “lá fora”. Foi essa virada que se deu na teoria do Direito. O ponto a destacar neste estudo é a distinção entre compreensão e interpretação, que começa a voltar ao arsenal teórico dos juristas.

O autor mais significativo nessa mudança é Herbert Hart. Embora alinhado ao positivismo, Hart dá-se conta de que conhecer o Direito consiste em conhecer o sentido de uma prática social. E para conhecê-la, o observador (o jurista) precisa assumir o ponto de vista de quem a pratica. A essa perspectiva ele mesmo chamou de hermenêutica. O que significa isso? A analogia dos jogos sempre ajuda a compreender esse caso: quem diz que conhece futebol (um jogo ou prática), diz na verdade que conhece as regras da prática. Mesmo que não jogue bem, ou que não tenha jamais jogado aquele jogo, ao conhecer as regras do jogo conhece-as do ponto de vista usado tanto por jogadores (que querem ganhar o jogo seguindo as regras do jogo), quanto pelo juiz, ou seja conhece do ponto de vista de quem está dentro do jogo.³⁹ O que ganha o jogo “roubando” no jogo é o que não segue as regras: ele quer o resultado do jogo, não o jogo. O que ganha o jogo por acaso (a famosa “sorte do principiante”) ganhou apenas uma vez, mas não é capaz de repetir o feito com o mesmo sucesso, porque ganhou por acaso. Logo, a “ciência” do futebol não pode ser senão uma ciência hermenêutica, interpretativa. Práticas não podem ser adequadamente conhecidas senão por suas regras.

Regras não se podem compreender senão por referência a certas práticas. As práticas constituem o todo de sentido. Isso que parece “dogma” é muito mais um postulado de qualquer interpretação. O sentido de qualquer “discurso” está no seu todo, e igualmente o sentido de uma ação se admite colocando-a no todo da prática ou atividade a que per-

³⁸ É a expressão de John Searle (c1995).

³⁹ Ver Bourdieu (1998). Nesse ensaio Bourdieu explica seu conceito de *illusio*, segundo o qual o participante de uma prática compreende o que está em jogo nela, identifica-se com ela. O desejo de mudar a prática indica que o agente sabe o que está em jogo. Bourdieu indica também sua dívida para com J. Huizinga e seu clássico ensaio (HUIZINGA, 1980).

tence. Celso, no *Digesto* (L. I, III, 24), diz que é contrário ao Direito (“Incivile est...”) julgar ou opinar tomando em conta apenas uma parte da lei. O sentido está no todo.⁴⁰ Entre as palavras e a frase, não existe apenas um ajuntamento ou uma sucessão: palavras juntas numa frase levam-nos do nível sintático para o nível semântico. O nível da palavra é um, o nível da frase é outro. Eu acrescentaria, o nível do discurso é um terceiro. Frases fazem sentido dentro de um nível superior, que bem poderíamos chamar de um jogo de linguagem ou prática.

O que tudo isso tem a ver com o Direito? Primeiro, isso muda nossa compreensão do Direito, tanto como disciplina quanto como prática social. Deixamos de vê-lo como ciência no sentido moderno e passamos a vê-lo (a disciplina) como saber organizado, sem a pretensão de expor de fora, como simples *discurso indireto* o que dizem as leis.⁴¹ Saber Direito, dominar-lhe o saber, significará então ser capaz de usar e aplicar o Direito mesmo, o ordenamento, o arcabouço normativo disponível. Não se pode fazer isso sem saber o “porquê”, ou seja, é preciso dominar a “lógica” do campo; vale dizer, o sentido que engloba todo o campo e os sentidos particulares possíveis dentro do mesmo campo. Deixamos ainda de conceber decisões jurídicas, particularmente decisões judiciais, como resultados de inferências ou

fatos previsíveis. Deixamos de importar para a prática modelos desenvolvidos para o campo das ciências naturais.

Isso não significa abandonar a racionalidade e o controle crítico-racional das decisões. Significa apenas afastar a ideia de que a previsibilidade e a segurança jurídica podem equivaler à certeza das matemáticas ou das ciências naturais. A decisão jurídica não está contida (implícada) nas leis como a conclusão de uma equação está implicada nos seus distintos elementos. Decisão jurídica é sempre uma ação, o juízo jurídico é sempre produzido singularmente. Se a ação não é resultado de cálculo, ela também não é um evento qualquer no mundo. Como já se disse, a ação não é uma das coisas que acontecem: eventos naturais acontecem, e há um nível biológico de vida em que acontecem coisas, como crescer, envelhecer, morrer. Mas isso acontece vegetativamente. A ação não pertence a essa espécie de vida vegetativa. Por isso, não é previsível como outros eventos sujeitos a causalidades naturais e uma teoria da decisão judicial jurídica não pode ser uma teoria da previsão. Todas as decisões são regidas por normas, inscrevem-se numa prática ou num campo, mas nenhuma existe antes de ser tomada, nenhuma delas virá por simples decurso do tempo, nenhuma é simples conclusão de raciocínio. Todas estão constrangidas normativamente, e cada uma acontece uma única vez, num único momento, num único lugar e a partir de um único agente.

Assim, a pergunta relevante passa a ser a respeito da justificação da decisão, pois nem tudo pode ser aceito como justificação. Ninguém pode a todo o tempo colocar em dúvida todos os pontos de partida.⁴² Naturalmente, a

⁴⁰ Como adverte Emile Benveniste (1976, p. 123), palavras isoladas não formam um todo de sentido, pois este tem sua unidade na *frase*. Explicando essa passagem da palavra (parte) à frase (todo), Benveniste diz que uma frase “não é uma palavra mais longa ou complexa”. A “frase constitui um todo que não se reduz à soma de suas partes”. A palavra é um dos constituintes da frase, mas “não aparece nela necessariamente com o significado que tem como unidade autônoma”. E finalmente: “O *sentido* de uma unidade linguística se define como sua capacidade de integrar uma unidade de nível superior” (BENVENISTE, 1976, p. 127).

⁴¹ Como disse Dworkin, o agente dentro da prática diz ele mesmo o que ela significa, não faz um relatório do que outros dizem que ela significa. Interpretar não é saber o que outrem diz, mas dizer. (Dworkin, 1986, p. 64)

⁴² “Um aluno e um professor. O aluno não deixa que nada seja explicado, pois ele interrompe continuamente (o professor) com dúvidas como, por exemplo, sobre a existência das coisas, sobre o significado das palavras, etc.

configuração do campo, como o Direito, pode variar. Quando ampliamos ou restringimos as fontes do Direito, estamos alterando o próprio campo. Se a fonte primária é a lei, como veio a acontecer no Direito moderno, mudamos o próprio conceito de Direito, abandonando a forma pré-moderna e medieval, na qual o corpo do Direito justinianeu jogava, ao lado do Direito positivo recente e dos princípios de Direito natural, papel constitutivo. E se hoje admitirmos ao lado do Direito positivo estatal outras fontes normativas, deve-se pensar se o campo não está mudando ele mesmo. Se for assim, compreender e interpretar ganham dimensões totalmente distintas do compreender ou interpretar dos últimos dois ou três séculos de teoria do Direito. Compreender e pensar deixam de ser problemas primeiramente epistemológicos de uma ciência especulativa e passam a referir-se a uma prática. Estamos apenas no começo dessa virada.

A resposta *prática* a uma situação qualquer consiste em ação refletida ou reação irrefletida (a de quem foi dominado por violenta emoção, de quem *perdeu a razão*, o juízo, o *controle de si* etc.). Se for refletida, a decisão estará constrangida por diversos fatores de caráter racional e lógico: deverá fazer sentido dentro de um certo campo (prático) e, portanto, ser integrada num corpo normativo daquela prática; deverá seguir as regras da língua em que se expressa; deverá manter os princípios mínimos do falar consequente, ou seja, deverá seguir um mínimo da lógica formal (princípios como o da identidade, não contradição, terceiro excluído). Tratando-se de decisão jurídica, deverá fazer uso daquilo que nas circunstân-

O professor diz: “Não me interrompa mais e faz o que te digo; as tuas dúvidas ainda não fazem qualquer sentido” (WITTGENSTEIN, 2012, p. 219). Uma pessoa razoável não pode ter certas dúvidas. “Se ela duvidar *disso* – seja o que for que signifique aqui ‘duvidar’ –, jamais aprenderá esse jogo” (WITTGENSTEIN, 2012, p. 225).

cias se considera o Direito válido e aplicável. Se o Direito for controverso, deverá mostrar as bases de sua pretensão valendo-se dos meios aceitáveis de argumentação jurídica. Tudo isso é controlado pela velha e tradicional ideia da *communis opinio doctorum*, ou seja, daquilo que pensam e das regras que seguem aqueles que compõem o campo. Essa *communis opinio* tem duas dimensões. De um lado, trata-se da opinião expressa por quem atingiu alguma relevância no campo, e então estamos diante de um fato social. Há, porém, a dimensão lógica: quando há um entendimento sobre as bases do campo, ele determina o que se pode fazer dentro dele e a *communis opinio* é aceita como a melhor razão até o momento. Mesmo reconhecendo o poder, para que deixe de ser mero capricho ou arbítrio será preciso que o grupo hegemônico transcenda o nível arbitrário e institua formas apreensíveis e inteligíveis. Esses constrangimentos permitem-nos uma forma de previsão que talvez se possa chamar mais adequadamente de *inteligibilidade*. Pode-se esperar uma resposta inteligível, mesmo que não possa ser prevista.⁴³

Nesta altura, não é possível avançar muito mais. Gostaria de terminar deixando alguns pontos de reflexão. Encarando interpretação e compreensão do Direito a partir da prática (uso prático da razão), os pesadelos do ceticismo e do subjetivismo apontados por Hart

⁴³ Essa previsão é bem explicada por Backer e Hacker (2009, p. 51): “The mastery of rule-governed techniques provides foundations for predictions. An explanation of an action exemplifying such a technique by reference to the agent’s reasons presupposes that there are general regularities in the behavior of persons who follow the rules, which define the rule-governed action. When people have *this* as their reason or *that* as their goal, they generally act *thus*. Hence we may predict that NN will castle down, since he is a good chess player, or that he will calculate the product of 25x27 to be 675, since he is competent at calculation [...]. Without the possibility of such predictions of actions within the rule-governed practices, there would be no such thing as explanations of actions by citing rules as reasons.”

deixam de assombrar-nos, pois surgem apenas na medida em que estivermos à procura do modelo adequado para as outras ciências, não para o saber prático dos juristas. Ficamos também prevenidos contra o nobre sonho, sonho com “valores” como se fossem coisas que achamos no “céu dos conceitos”, como dizia Jhering.

Ganhamos outros meios de combater o arbítrio, o capricho e o irracionalismo legislativo e judiciário ao aumentar nosso entendimento da argumentação e justificação controladas de nossas ações e decisões. Recuperamos também o diálogo com outras disciplinas da ação, como a filosofia, a ética, as teorias e filosofias do discurso e do sentido. Não é pouca coisa: isso permitiria à doutrina retomar o papel de orientadora da elaboração de figuras, institutos, de crítica da atividade legislativa e judicial, de sistematizadora das novas práticas.⁴⁴ Permitiria ainda alterar os fundamentos o ensino jurídico (APEL, 1991), restaurar o papel da racionalidade no campo do Direito, eliminando equívocos que o logicismo de baixa qualidade espalhou entre nós e reconquistando espaço ao irracionalismo fácil. Tudo isso, porém, merece mais pormenorizadas e longas reflexões.

Sobre o autor

José Reinaldo de Lima Lopes é doutor e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: jrlopes@usp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁵

ANALYTICAL PHILOSOPHY AND HERMENEUTICS: PRELIMINARIES TO A THEORY OF LAW AS PRACTICE

ABSTRACT: I argue in this article that both analytical philosophy and philosophical hermeneutics change our concept of what interpretation is. Both allow us to change our concept of law, still strongly determined by the positivistic tradition started by Savigny, for whom everything in law was the object of interpretation. By distinguishing understanding and interpretation we can say that every social practice requires understanding, but not

⁴⁴ As funções da doutrina, diz Courtis (2006) com muita razão, incluem sistematizar, propor e orientar novas construções intelectuais no campo.

⁴⁵ Sem revisão do editor.

every act within that practice is open to interpretation in the strict sense or in the sense suggested by Savigny.

KEYWORDS: UNDERSTANDING. INTERPRETATION. SOCIAL PRACTICE. SAVIGNY. LEGAL THEORY.

Como citar este artigo

(ABNT)

LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 203-226, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p203>.

(APA)

Lopes, José Reinaldo de Lima. (2016). Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 203-226. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p203

Referências

APEL, Karl-otto. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós, 1991.

_____. Wittgenstein and Heidegger: language games and life forms. In: _____. *From a transcendental point of view*. Manchester: Manchester University Press, 1998a. p. 122-159.

_____. Regulative ideas or sense-events?: an attempt to determine the logos of hermeneutics. In: _____. *From a transcendental point of view*. Manchester: Manchester University Press, 1998b. p. 160-182.

_____. *Transformação da Filosofia 2: o a priori da comunidade de comunicação*. São Paulo: Loyola, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Abril, 1973.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. New York: Noonday Press, 1954.

BENVENISTE, Emile. *Problèmes de linguistique général*. Paris: Gallimard, 1976. v. 1.

BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2000.

BIX, Brian. H. L. A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory. *Southern Methodist University Law Review*, v. 52, p. 167-199, 1999.

BOURDIEU, Pierre. Is a disinterested act possible?. In: _____. *Practical reason: on the theory of action*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1998. p. 75-91.

CORTESE, Ennio. *La norma giuridica: spunti teorici nel diritto comune classico*. Milano: Giuffré, 1962.

COURTIS, Christian. *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.

CUTER, João Vergílio. Interpretação e objetividade. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 91-102.

DAUENHAUER, Bernard P. Ricoeur and political theory: liberalism and communitarianism. In: DAVIDSON, Scott (Ed.). *Ricoeur across the disciplines*. New York: Continuum, c2010. p. 102-121.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, MA: Belknap Press, c1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. Hermenêutica clássica e hermenêutica filosófica. In: GRONDIN, Jean. *O pensamento de Gadamer*. São Paulo: Paulus, 2012, p. 75-117.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, H. L. A. Introduction. In: AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*. New York: Noonday Press, 1954.

_____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983.

HESPAÑA, Antonio Manuel. *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1980.

KENNY, Anthony. *Aquinas on mind*. London: Routledge, 1993.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Hermenêutica e completude do ordenamento. *Revista de informação legislativa*, v. 26, n. 104, p. 237-246, out./dez. 1989.

_____. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart. Stanford, CA: Stanford University Press, 1981.

_____. Contemporary legal philosophy: the rediscovery of practical reason. *Journal of Law and Society*, v. 10, n. 1, p. 1-18, 1983.

MACINTYRE, Alasdair C. *After Virtue: a study in moral theory*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981.

MCCABE, Herbert. *On Aquinas*. New York: Continuum, 2008.

MONK, Ray. *Wittgenstein: o dever do gênio: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MOOTZ, Francis Joseph. A future foretold: neo-aristotelian praise of postmodern legal theory. *Brooklyn Law Review*, v. 68, n. 3, p. 683-719, 2003.

NAGEL, Thomas. *A última palavra*. Lisboa: Gradiva, 1999.

PATTERSON, Dennis M. *Wittgenstein and legal theory*. Boulder: Westview Press, 1992.

POUIVET, Roger. *Après Wittgenstein: saint Thomas*. Paris: Vrin, 2014.

RAWLS, John. Two concepts of rules. *The Philosophical Review*, v. 64, n. 1, p. 3-32, jan. 1995.

RIKOEUR, Paul. *El discurso de la acción*. Madrid: Cátedra, 1988.

_____. *From text to action*. Evanston: Northwestern University Press, 1991.

_____. *Escritos e conferências 2: hermenêutica*. São Paulo: Loyola, 2011.

RODRIGUEZ, Cesar. Introducción. In: KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*. Bogotá: Uniandes, 1999.

SAVIGNY, Friedrich Carl. von. *Metodologia jurídica*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2004.

_____. *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares, 2005.

SCHAUER, Frederick. Easy cases. *Southern California Law Review*, v. 58, p. 399-440, 1985.

SEARLE, John R. *The construction of social reality*. New York: Free Press, c1995.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

TAYLOR, George. Ricoeur and law: the distinctiveness of legal hermeneutics. In: DAVIDSON, Scott (Ed.). *Ricoeur across the disciplines*. New York: Continuum, c2010. p. 84-101.

WINCH, Peter. *The idea of a social science and its relation to philosophy*. 2. ed. London: Routledge, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. *Da certeza*. Lisboa: Edições 70, 2012.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action: a logical enquiry*. New York: Humanities, 1963.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

