

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

# SCIENTIA IURIS

v. 24 n. 1, mar. 2020

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL  
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DE LONDRINA



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof<sup>a</sup> Sílvia Marcia Ferreira Meletti Diretora de Pesquisa: Prof. Arthur Eumann Mesas

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof<sup>a</sup>. D<sup>a</sup>. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Marília Salerno Chefe do Departamento de

Direito Público: Profa. Ms. Nélia Edna Miranda Batisti

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof<sup>a</sup>. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de  
Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados,  
Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -  
. – Londrina : Ed. da UEL, 1997- .  
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.  
Descrição baseada em: Vol. 24, N. 1 (mar. 2020).  
ISSN 2178-8189

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais  
Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de  
Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos,  
cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada  
a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX  
- vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha)  
- TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) -  
LivRe (Brasil) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

# SCIENTIA IURIS

v.24, n. 1, mar 2020

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL  
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DE LONDRINA

# SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

## COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora / Editor  
Tânia Lobo Muniz

### Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina/ SC) Gilvan Luiz Hansen  
(Universidade Federal Fluminense/RJ)  
Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP) Jussara Suzi Assis Borges Nassar  
Ferreira (Universidade de Marília/SP) Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos /  
Espanha)  
Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC) Priscila Machado Martins  
(Universidad Central de Chile/Chile) Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

### Assessoria Técnica:

Ariella Kely Besing Motter, Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues, Juliani Cristina Lima Grochoski,  
Laudicena de Fátima Ribeiro, Leonardo Cosme Formaio, Letícia Rodrigues e Silva, Mylena de Souza  
Santos, Natali Silvana Zwaretch.

## CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DR. CRISTIANO GOMES DE BRITO (UFU)	DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR)
DR. PAULO PEREIRA DE SOUZA (UNIMAR)	DR. RONALDO MARTON (UNB)
DR. RODRIGO COIMBRA SANTOS (UNISINOS)	DR. MARCOS CHEIN FERES (UFJF)
DRA. MARIA ARAÚJO E MENDONÇA (UFC)	DRA. THAIS MAGANHINI (UNIR)
DR. EMILIO ALFONSO GARROTE CAMPILLAY (UDA)	DR. JOSE SOARES FILHO (UNICAP)
DRA. REGINA MARTINEZ (UNIJALEZ)	DR. ROGERIO MONTAI DE LIMA (UNIR)
DRA.SALETE BOFF (IMED)	DRA. ADRIANA MAILLART (UNINOVE)
DR. JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR (IMESA)	DR. ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (FUI)

**Curso de Mestrado em Direito Negocial**

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: [mestrados@uel.br](mailto:mestrados@uel.br)

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

## SUMÁRIO | CONTENT

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>8</b>
<b>OS IMPACTOS DA LEI 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016, NO DESEMPENHO DAS EMPRESAS ESTATAIS JUNTO AO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA .....</b>	<b>10</b>
THE IMPACTS OS LAW 13.303 (JUNE 30, 2016) ON THE PERFORMANCE OF STATE-OWNED ENTERPRISES IN THE FINANCIAL AND CAPITAL MARKET: AN ANALYSIS OF CORPORATE GOVERNANCE	
<i>Felipe Santos Ribas e Luiz Alberto Blanchet</i>	
<b>AUTOCOMPOSIÇÕES COMO EFETIVAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS CIVIS EM CASOS DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>25</b>
CONSENSUAL DISPUTE RESOLUTION AS AN EFFECTIVE FORM OF CONFLICT RESOLUTION MECHANISM IN CASES OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT	
<i>Wellington Henrique Rocha de Lima e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira</i>	
<b>A DOUTRINA DO TRIBUNAL MULTIPORTAS E A SUA APLICABILIDADE NOS JUÍZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO BRASIL .....</b>	<b>39</b>
THE MULTI-DOOR COURT AND ITS APPLICABILITY IN THE SMALL CLAIMS COURTS OF BRAZIL	
<i>Diego Sabóia e Silva e David Gomes Pontes</i>	
<b>PROBLEMATIZANDO O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL: IMPLICAÇÕES DE UMA LEITURA MULTIDISCIPLINAR .....</b>	<b>55</b>
REFLECTING ON CORPORATE SOCIAL RESPONSABILITY: IMPLICATIONS OF A MULTIDISCIPLINARY READING	
<i>Arnaldo José França Mazzei Nogueira e Clodomiro José Bannwart Júnior e Ricardo Lebbos Favoreto</i>	
<b>COMPLIANCE FISCAL: DIMINUIÇÃO DE RISCOS E AUMENTO DE COMPETITIVIDADE NO MUNDO CORPORATIVO. ....</b>	<b>78</b>
TAX COMPLIANCE: RISK REDUCTION AND INCREASED COMPETITIVENESS IN THE CORPORATE WORLD	
<i>Bruno Bastos de Oliveira e Jefferson Patrick Germinari</i>	
<b>DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIEDADE E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OBSERVANDO A ATUAÇÃO DA CORTE NO CONTROLE ABSTRATO.....</b>	<b>99</b>
ECONOMIC RIGHTS, SOCIETY AND THE BRAZILIAN SUPREME COURT: OBSERVING THE COURT'S ABSTRACT JUDICIAL REVIEW PERFORMANCE	
<i>Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros</i>	
<b>A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL COMO CRITÉRIO NORMATIVO À EFETIVIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>124</b>
BUSINESS SUSTAINABILITY AS A NORMATIVE CRITERION TO THE JUDICIAL RECOVERY COMPANY ENTERPRISES	
<i>Clarice Ana Lanzarini e Zenildo Bodnar</i>	
<b>BIOÉTICA, GESTÃO DO MEIO AMBIENTE E PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS: TEORIA E PRÁTICA DE UMA ESTRATÉGIA PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO SISTEMA CAPITALISTA</b>	
<b>BIOETHICS, ENVIRONMENTAL MANAGEMENT AND PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL</b>	

SERVICES: THEORY AND PRACTICE OF A STRATEGY FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION  
IN THE CAPITALIST SYSTEM

*Evandro Luan de Mattos Alencar e Raimundo Wilson Gama Raiol*

**O DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DAS DECISÕES DE IMPROCEDÊNCIA EM AÇÕES  
DE IMPROBIDADE.....165**

THE COMPULSORY DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION IN IMPROBITY ACTIONS

*Alex Matoso Silva e Cintia Garabini Lages*

**RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR PELAS INFRAÇÕES NO TRÂNSITO  
ADUANEIRO .....186**

RESPONSABILITY OF THE CARRIER FOR CUSTOMS TRANSPORT INFRINGEMENTS

*Glacy Odete Rachid Botelho e Sinara De Freitas Elias Campos*

**RESENHAS|REVIEWS .....204**

**CHAPTER 3. THE MAKING OF PROSPERITY AND POVERTY .....204**

**A LUTA DE CLASSES UM PONTO DE PARTIDA PARA SE COMPREENDER A CIDADE  
CONTEMPORÂNEA .....206**

THE CLASS STRUGGLE A STARTING POINT FOR UNDERSTANDING THE CONTEMPORARY  
CITY

*Juliani Cristina Lima Grochoski*

## EDITORIAL

Caro Leitor, bem vindo!

A Revista Scientia Iuris, periódico vinculado ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com muita alegria divulga o Número 1 de seu 24º Volume de Edição, compartilhando-o com toda a comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional.

Esta revista possui o estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

Com um corpo editorial sempre comprometido com a qualidade da revista, reiteramos o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo Qualis/CAPES continuam sendo rigorosamente cumpridos, de forma a manter os critérios de qualidade de uma revista científica de relevância como a nossa.

O presente Volume, composto por múltiplos, conta com duas resenhas “The making of prosperity and poverty” de autoria de Rudá Ryuiti Furukista Baptista e “A luta de classes como ponto de partida para se compreender a cidade contemporânea” de Juliani Cristina Lima Grochoski, e mais dez artigos, que espraiam para diversas áreas do direito, tais como: a) Os impactos da lei 13.303, de 30 de junho de 2016, no desempenho das empresas estatais junto ao mercado financeiro e de capitais. Uma análise sobre a ótica da governança corporativa; b) Autocomposições como efetivas formas de resolução de demandas eivadas de atos de improbidade administrativa; c) A doutrina do tribunal multiportas e sua aplicabilidade nos juizados especiais cíveis do Brasil; d) Problematizando o conceito de responsabilidade social empresarial: implicações de uma leitura multidisciplinar; e) Compliance fiscal: diminuição de riscos e aumento de competitividade no mundo corporativo; f) Direitos econômicos, sociedade e o Supremo Tribunal Federal: observando a atuação da Corte no controle abstrato; g) A sustentabilidade empresarial como critério normativo à efetividade do instituto da recuperação judicial h) Bioética, gestão do meio ambiente e pagamento por serviços ambientais: teoria e prática de uma estratégia para proteção ambiental no sistema capitalista;

i) O duplo grau obrigatório das decisões de improcedência em ações de improbidade; e j) Responsabilidade do transportador pelas infrações no transporte aduaneiro. Diante da alta gama de assuntos extremamente relevantes ao cenário contemporâneo dos quais os artigos tratam, espera-se contribuir com conhecimento de nossos leitores diante da profundidade dada à importantes temas envolvendo o Direito Negocial. Assim, a Revista Scientia Iuris espera que o trabalho desenvolvido possa ser propagado cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica. Por fim, ciente que um periódico não se faz sem o constante empenho de seus colaboradores, agradecemos a todos que contribuíram com esse resultado, em especial aos nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica... Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

**OS IMPACTOS DA LEI 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016,  
NO DESEMPENHO DAS EMPRESAS ESTATAIS JUNTO AO  
MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS: UMA ANÁLISE SOB  
A ÓTICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA**

THE IMPACTS OF LAW 13.303 (JUNE 30, 2016) ON THE  
PERFORMANCE OF STATE-OWNED ENTERPRISES IN THE  
FINANCIAL AND CAPITAL MARKET: AN ANALYSIS OF  
CORPORATE GOVERNANCE

**Felipe Santos Ribas\***  
**Luiz Alberto Blanchet\*\***

\* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito e Processo Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direito em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Especialista em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (IDRFB). Aperfeiçoamento em Fusões e Aquisições pela Escola de Direito de São Paulo (GVLAW). Aperfeiçoamento em Tributação nas Estruturas e nos Negócios Societários pela Escola de Direito de São Paulo (GVLAW). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Email: felipe.santosribas@hotmail.com

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Email: blanchet@blanchet.adv.br

**Como citar:** RIBAS, Felipe Santos; BLANCHET, Luiz Alberto. Os impactos da lei 13.303, de 30 de junho de 2016, no desempenho das empresas estatais junto ao mercado financeiro e de capitais: uma análise sob a ótica da governança corporativa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 10-24, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p10. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** O objetivo do trabalho é fazer uma análise em torno dos impactos que o sistema de governança previsto na Lei 13.303/2016 poderá gerar no desempenho das empresas estatais junto ao mercado financeiro e de capitais. Para tanto, será realizada uma revisão de literatura multidisciplinar visando demonstrar esses impactos, adiantando-se que os estudos confirmam que boas práticas de governança corporativa reduzem os conflitos de interesse contribuindo para uma melhor liquidez, menor volatilidade e o aumento dos preços das ações, além de facilitar o acesso ao crédito no mercado financeiro e de capitais.

**Palavras-chave:** Empresas estatais. Governança corporativa. Mercado financeiro e de capitais. Conflitos de agência.

**Abstract:** The objective of this paper is to investigate whether the impacts of the system of governance foreseen in Law 13.303/2016 modifies the over-all performance of state-owned enterprises in financial and capital markets. In order to properly research this topic, this study utilized literature review in order to demonstrate these impacts, which are mostly positive. Studies have confirmed that well-conditioned corporate governance practices reduce conflicts of interest, contributing to better liquidity, less volatility and higher share prices, in addition to facilitating access to credit in financial and capital markets.

**Keywords:** State Enterprises. Corporate Governance. Financial and Capital Markets. Agency Conflicts.

## INTRODUÇÃO

Como forma de atuação ou de intervenção na atividade econômica, o Estado empresário - representado especialmente pelas Sociedades de Economia Mista, assumiu posições diferentes ao longo do tempo. Além disso, as variáveis que levam o Estado a intervir no setor produtivo sempre despertaram debates acadêmicos e atraíram críticas no campo político e econômico.

Mas ao que tudo indica a necessidade de realização de políticas públicas, a questão da universalização de serviços públicos, o curso do desenvolvimento do setor produtivo e outras razões de interesse social e coletivo são alguns dos principais fatores que levam o Estado a agir diretamente no processo econômico. E, obviamente, esses fatores também podem variar conforme o nível de desenvolvimento de uma nação. Nos países mais desenvolvidos, a atividade econômica do Estado fica mais restrita a questões estratégicas, como a segurança nacional. Já nos países em desenvolvimento, o empreendedorismo público mostra-se como condição determinante para a melhora do bem-estar, segurança e saúde da população, pois ele acaba assumindo o desenvolvimento da indústria de base e as soluções iniciais de infraestrutura.

Com efeito, no caso brasileiro, o surgimento das estatais está relacionado a um interesse na exploração de negócios sob o regime de monopólio, por uma questão estratégica e para impedir o domínio privado da riqueza, e também a uma necessidade do Estado fortalecer o setor produtivo que estava carente do capital estritamente privado, o que acabava limitando a organização da produção brasileira.

Ainda, dentro da estrutura de organização política, a empresa estatal - especialmente a sociedade de economia mista - é um modelo que facilita o acesso ao mercado financeiro e de capitais, o que permite a captação de um “dinheiro”, em regra, mais barato do que aquele emprestado pelos Bancos. Não são necessárias várias linhas para explicar que, devido o problema econômico da escassez, os recursos financeiros são limitados e, portanto, o Estado não tem dinheiro disponível para investir e cuidar de todas as necessidades da nação.

Além disso, o ambiente econômico é dotado de uma dinâmica incompatível com a burocracia e amarras legais que cercam os entes da Administração Direta, o que também justifica a união com o setor privado, que se diga, tem mais expertise para explorar atividades econômicas e atuar no mercado.

Entretanto são justamente o acesso ao mercado financeiro e de capitais e a união com acionistas privados que justificam a adoção de boas práticas de governança corporativa nas empresas estatais, uma vez que, por trás destas relações de crédito e societária, estão os conflitos de interesse.

A forte ingerência do Estado na gestão, por motivações político-eleitoreiras, a falta de fiscalização e transparência, e a baixa eficiência das empresas estatais são situações que geram conflitos entre o acionista público controlador (insider) e os credores, investidores e acionistas minoritários (outsiders). Na verdade, não obstante ser dotada de maior eficiência e dinamismo, condição esta que falta aos demais entes da Administração Direta e Indireta, o simples fato de

a empresa estatal perseguir objetivos empresariais antagônicos, mesclando propósitos sociais e lucrativos, já é motivo suficiente para criar uma tensão societária permanente entre o Estado-controlador e os demais acionistas.

Por conseguinte, a governança corporativa, se bem aplicada, pode se revelar um importante mecanismo para amenizar esses conflitos, pois propicia um ambiente mais seguro para os agentes privados, sem comprometer a função socioeconômica das empresas estatais.

Além disso, não se pode perder de vista que a adoção de boas práticas de governança pelas estatais também pode gerar impactos no desempenho destas companhias junto ao mercado financeiro e de capitais.

Frente a esse contexto, levanta-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: como o sistema de governança da Lei 13.303/2016 pode impactar o desempenho das estatais no mercado financeiro e de capitais? A hipótese central é que as empresas bem governadas conseguem atrair mais acionistas, valorizando assim as ações da companhia. Como hipótese secundária, compreende-se que as boas práticas da Lei 13.303/2016 podem aumentar a transparência com relação aos negócios da companhia.

Nesse sentido, o objetivo geral deste trabalho é verificar a funcionalidade do sistema de governança da Lei 13.303/2016. Por sua vez, os objetivos específicos são analisar a efetividade de tal sistema para disciplinar os conflitos de interesses das sociedades de economia mista, e entender como os acionistas, administradores e investidores reagem diante das práticas de governança

O trabalho observará o método de abordagem dedutivo e está organizado textualmente em (quatro) partes. A primeira parte é dedicada à introdução; a segunda parte procura apresentar como foram introduzidas as práticas de governança nas estatais brasileiras; a terceira parte trata da estrutura e função do sistema de governança da Lei 13.303/2016, e procura demonstrar o impacto das práticas de governança no desempenho das estatais junto ao mercado financeiro e de capitais; na quarta e última parte são apresentadas as considerações finais.

## **1 A IMPLEMENTAÇÃO DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NAS EMPRESAS ESTATAIS**

A temática da governança corporativa vem ganhando cada vez mais força e o debate em torno desse instituto, especialmente no Brasil, tem se intensificado nos últimos anos. Os recentes escândalos de corrupção no contexto da chamada operação “lava-jato” fizeram o país ganhar a primeira página dos mais importantes jornais de todo o mundo.

Com isso, o Brasil teve a sua imagem abalada no cenário internacional e também levantou a desconfiança de investidores nacionais e estrangeiros, o que acabou afetando a economia e o sistema financeiro do país.

Tais acontecimentos demonstraram também a fragilidade do controle sobre as empresas estatais, bem como a falta de comprometimento dos gestores em cumprir as leis (um dos objetivos do compliance), um baixo grau de transparência dessas empresas e também um pernicioso

relacionamento entre grandes empresários e o poder público.

Com efeito trata-se de uma situação que já vinha sendo discutida há bastante tempo, mas sem qualquer resultado pragmático para tentar melhorar o cenário. O debate só ganhou corpo na agenda política do país quando as operações policiais começaram a revelar para o mundo que um dos maiores escândalos de corrupção da história acontecia dentro da Petrobras, a maior estatal do Brasil.

De certa forma, os problemas de corrupção na Petrobras revelados ao mercado estão relacionados com a ideia de governança corporativa, que na definição do IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa seria:

O sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas (IBGC, [201-]).

Em sua obra sobre o tema, José Paschoal Rosseti e Adriana Andrade (2011) ensinam que a moderna governança corporativa passou por quatro marcos evolutivos, que acabaram dando origem aos princípios universais da governança e aprimorando as melhores práticas, vejamos:

Robert Monks foi um ativista pioneiro que mudou o curso da governança corporativa nos Estados Unidos. Ele focou a sua atenção nos direitos dos acionistas e os mobilizou para o exercício de um papel ativo nas corporações. Centrado em dois valores fundamentais da boa governança - *fairness* (senso de justiça) e *compliance* (conformidade legal, especialmente a relacionada aos direitos dos minoritários passivos) -, esse ativista foi um dos primeiros a evidenciar a importância da boa governança para a prosperidade da sociedade como um todo. Já o Relatório Cadbury centrou-se nos dois outros valores da boa governança - *accountability* (prestação responsável de contas) e *disclosure* (mais transparência) -, com foco em aspectos financeiros e nos papéis dos acionistas, dos conselhos, dos auditores e dos executivos. A OCDE ampliou o espectro da boa governança, evidenciando suas fortes ligações com o processo de desenvolvimento econômico das nações. Ao justificar o envolvimento da instituição com a proposição de princípios de boa governança, a OCDE evidenciou que a adoção, pelas corporações, de práticas de gestão confiáveis atrai investidores para o mercado de capitais, reduz custos de captação de recursos e alavanca o desenvolvimento da economia. E a Lei Sarbanes-Oxley definiu critérios mais rigorosos de controles internos, auditoria, prestação de contas e gestão corporativa fundamentada em padrões éticos, instituindo penalidades rigorosas nos casos de violação de extenso rol de novas regras, tanto para os Conselhos de Administração quanto para a Diretoria Executiva das companhias (ROSSETI; ANDRADE, 2011, p. 154).

Todavia, no caso específico das empresas estatais, o desenvolvimento e implantação de modelos de governança foi decorrente, em alguma medida, do processo de globalização. Devido a pressão de financiadores, investidores e acionistas minoritários, que estavam incomodados com a

excessiva ingerência do Estado sobre a gestão das empresas estatais, somada à falta de eficiência e transparência, a OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico apresentou no ano de 2005, as diretrizes para a implantação de melhores práticas de governança nas empresas estatais, diretrizes essas que se revelam na verdade como uma complementação aos princípios da governança corporativa do G20 e da OCDE.

Em resumo, devido as peculiaridades e estrutura societária das empresas estatais, além dos princípios do G20, a OCDE organizou 7 (sete) diretrizes para tratar dos conflitos societários das estatais, quais sejam: (i) Justificativas para o Estado manter a propriedade estatal; (ii) Papel do Estado enquanto acionista e a independência dos administradores; (iii) Regras para empresas estatais no mercado; (iv) Tratamento justo para com os acionistas privados; (v) Atuação com responsabilidade empresarial; (vi) Melhora na transparência e (vii) Responsabilidades do conselho de administração.

Apesar do movimento da OCDE, para as estatais, ter iniciado em 2005, no Brasil a disseminação mais efetiva das práticas de governança para estas empresas só passou a ocorrer na década seguinte, quando a Comissão de Valores Mobiliários e a BM&FBovespa lançaram em 2015 um programa de aprimoramento da governança corporativa nas empresas estatais (CVM, 2015).

Em que pese a interessante iniciativa da CVM e da Bovespa, tal programa alcançava apenas as estatais de capital aberto, listadas na bolsa de valores. Sabe-se que a definição dos objetivos regulatórios passa por uma análise política, com custos de trade-off, que precisa ser decidida pelo Estado-regulador. Portanto, nesse primeiro momento, a regulação econômica da governança ficou restrita às estatais que negociavam os seus papéis no mercado de capitais.

Foi apenas no ano seguinte que o Congresso Nacional, atendendo o comando constitucional do art. 173, §1º, da CR/88<sup>1</sup>, aprovou no dia 30 de junho, a Lei 13.303/16, que dispõe sobre o Estatuto Jurídico da Empresa Pública, da Sociedade de Economia Mista e de suas subsidiárias e, que, dentre outras disposições, introduz para as empresas estatais, independentemente da estrutura de capital, a obrigação de observar boas práticas de governança corporativa (BRASIL, 2016).

## **2 O SISTEMA DE GOVERNANÇA DA LEI 13303/2016 E O IMPACTOS NO DESEMPANHO DAS EMPRESAS ESTATAIS JUNTO AO MERCADO FINANCEIRO E DE CAPITAIS**

No que toca às práticas de governança da Lei 13.303/2016 (doravante apenas Lei das Estatais), deve-se esclarecer inicialmente que elas não são dirigidas apenas para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Ao reverso, o legislador também demonstrou uma preocupação com os novos arranjos societários que fazem parte da realidade da Administração Pública, como por exemplo as joint ventures e as empresas semi-estatais, em que o Estado figura

<sup>1</sup> Art. 173, da CR/88. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços [...] (BRASIL, 1988).

como acionista minoritário.

Como explica Rafael Wallbach Schwind (2017), essas estruturas societárias em parceria com o setor privado permitem ao Estado realizar alguns dos seus objetivos estratégicos de maneira mais eficiente, pois a Administração Pública acaba trazendo para dentro do negócio um know-how que não lhe pertencia.

Ciente dos novos modelos de negócio e da complexidade das relações comerciais, cujo dinamismo não consegue ser acompanhado *pari passu* pelo Direito Público, o legislador procurou estabelecer para as Estatais um sistema de governança muito próximo ao modelo aplicado para as empresas de mercado, de caráter privado.

De uma leitura atenta do Parecer nº 1.188, de 2015, de autoria do Senador Tasso Jereissati (BRASIL, 2015), Relator do Projeto de Lei do Senado nº 555, de 2015, extrai-se que a estrutura da Lei das Estatais baseou-se no padrão do denominado Novo Mercado da BM&F Bovespa, o que demonstra que a novel legislação está alinhada com os valores básicos e universais da governança corporativa, que segundo o Código de Melhores Práticas de Governança do IBGC é composto pelos seguintes princípios: equidade (fairness); transparência (disclosure); prestação de contas (accountability) e responsabilidade corporativa (compliance) (IBGC, 2015).

Destarte, seguindo a orientação de tais princípios, a Lei das Estatais estabeleceu alguns mecanismos para tentar reduzir a assimetria informacional, diminuir a tensão entre o interesse público (MATTOS FILHO, 2015) e a acumulação capitalista (lucro), e garantir a sustentabilidade empresarial, como por exemplo:

- a) a carta anual de governança, onde devem estar descritas políticas públicas que serão realizadas pela estatal, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como os consequentes impactos econômico-financeiros (art. 8º, I);
- b) a elaboração de política de distribuição de dividendos, à luz do interesse público que justificou a criação da empresa estatal (art. 8º, V);
- c) a divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional (art. 8º, VI);
- d) a elaboração da política de transação com partes relacionadas (art. 8º, VII);
- e) o dever de divulgar informações relevantes que possam impactar no valor das ações da companhia (art. 8º, VI);
- f) a divulgação anual do relatório integrado ou de sustentabilidade (art. 8º, IX);
- g) adoção de regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno para a ação dos administradores e empregados (art. 9º, I);
- h) criação do comitê de auditoria estatutário (art. 9º, III);
- i) elaboração e divulgação do código de conduta e integração (art. 9º, §1º);
- j) a garantia de participação no conselho de administração de representantes dos empregados e dos acionistas minoritários (art. 19) e também de membros independentes (art. 22);

São soluções internas que visam resolver problemas de assimetria de informações e criar

um ambiente mais seguro e mais transparente para os acionistas e investidores, e que na visão de Edson Cordeiro Silva (2016), tem o objetivo maior de criar valor e condições para uma organização mais racional, ética e pluralista.

Com efeito, a finalidade de um sistema de governança corporativa é disciplinar a relação entre os acionistas, administradores, investidores e os stakeholders e, conseqüentemente, maximizar o valor da empresa e garantir a sua perenidade.

No caso do mercado de capitais, a informação tem um papel e valor fundamentais, pois é ela que influencia na tomada de decisões. Orleans Silva Martins e Edilson Paulo (2014, p. 34-45) lembram que, “um mercado com alta assimetria de informação pode ter sérias implicações na negociação dos ativos, principalmente se ele for emergente, como é o caso do mercado brasileiro”.

Isso ocorre porque o administrador financeiro precisa tomar decisões de risco, ou seja, entre as alternativas de investimento disponíveis o administrador, dentro da sua estratégia, precisa fazer uma opção. Se os mercados fossem perfeitos, o processo decisório estaria inclinado a tomar uma decisão racional, ou seja, aquela trouxesse o maior benefício econômico-financeiro para o administrador.

Sucedem que os mercados não são perfeitos e não estão livres de oportunistas. Segundo George Arthur Akerlof (1970), como alguns agentes possuem acesso a melhores informações e as utilizam para maximizar sua própria utilidade, eles acabam causando essa falha de mercado conhecida como assimetria informacional, o que limita a racionalidade dos indivíduos (SIMON, 1980).

No caso das sociedades anônimas de capital aberto, por exemplo, o acesso às informações pode se mostrar bastante custoso, o que permite concluir que nem todos investidores e acionistas estão perfeitamente informados acerca da situação financeira da Companhia. Além disso, para dezenas de acionistas, esse custo de transação também limita o acompanhamento do dia a dia da empresa. Por essas razões, não é de se estranhar que investidores profissionais e qualificados, como fundos de pensão ou de ações, por exemplo, que possuem uma grande estrutura de apoio com contadores, economistas, advogados etc, tenham maior poder de influência sobre as companhias investidas.

Nessa lógica decorrente do problema informacional, a observância dos princípios da prestação de contas e da transparência demonstra em última análise franqueza e lealdade com todos aqueles que estão envolvidos com a empresa (LAURETTI, 2013).

Em verdade, quando se pensa na empresa como um sistema social cooperativa, franquear informações corretas e mais seguras para todos acionistas e investidores, sem distinção, pode contribuir para a sustentabilidade corporativa. Arigor, os investidores estarão inclinados a “cooperar” (leia-se: financiar) com aquelas companhias que recompensam justamente os seus esforços, ou seja, que maximizam os seus ganhos. Por outro lado, os investimentos com resultados desastrosos, decorrentes de falhas de governança empresarial, tendem a impedir novos investimentos.

Assim, quanto maior for nível de transparência melhor tende a ser o desempenho da empresa. Inclusive, há também um efeito rebote para o investidor, pois empresas com elevado nível

de evidência das informações (disclosure) apresentam uma menor volatilidade com relação ao preço das suas ações (MALACRIDA; YAMAMOTO, 2006).

É preciso destacar também, sob outra ótica não menos importante, que os mecanismos de incentivos e controles da governança corporativa podem minimizar os conflitos de agência na companhia (KAVESKI et al., 2015), garantindo um alinhamento dos interesses dos acionistas e dos administradores.

Deveras, o conflito de agência é questão central para a governança corporativa e está representado pela divergência de interesses dos acionistas, considerados para a Teoria da Agência como os principais, e os administradores, que são considerados os agentes responsáveis por tomar a maior parte das decisões da empresa.

Como lembram José Paschoal Rosseti e Adriana Andrade (2014, p. 71), “nas modernas grandes empresas, onde o poder é exercido pela gestão, não pela propriedade, outros interesses se chocam com o da maximização dos lucros”. Por conseguinte, pode haver um desalinhamento de interesses gerando um conflito societário, pois nem sempre a vontade do administrador corresponderá à vontade do acionista.

Em decorrência da separação entre a propriedade e o controle, as empresas estatais também não estão imunes aos problemas de agência. Ao reverso, nestas companhias esses problemas podem ser agravados por conta “loteamento político” dos cargos da alta administração, já que as pessoas escolhidas não raramente possuem interesses privados, às vezes até eleitoreiros, que não estão alinhados com os interesses da empresa e dos acionistas. É o chamado comportamento oportunista dos gestores, que segundo Oliver Eaton Williamson (1975, p. 26) se verifica com a “manipulação estratégica da informação ou falseamento das intenções”.

De acordo com Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 577) “os conflitos de agência impedem a sociedade de alcançar o objetivo de maximização do valor”. Mas por outro lado, a qualidade do regime de proteção dos direitos dos acionistas tem uma influência na vontade dos investidores de adquirir ações por um preço que agrada os interesses dos controladores (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Nesse sentido, uma pesquisa realizada em meados do ano 2000 pela consultoria McKinsey & Company (2000) em parceria com o Banco Mundial, também atestou que mais de 80% (oitenta por cento) dos investidores pagariam mais pelas ações de uma empresa com um bom sistema de governança do que para uma empresa pobremente governada, resultado que também foi encontrado na pesquisa desenvolvida por Ricardo Hoffmann, Bortoluzzo e Machado (2011) com foco voltado para o preço da emissão de ações em um IPO (oferta pública inicial).

É certo que para os acionistas, a maior procura e negociação das ações acarretam a maior liquidez dos seus papéis, o que pode ser traduzido como geração de valor (PROCIANOY; VERDI, 2009). Mas além da maior liquidez e valorização das ações, a adoção da governança corporativa também pode impactar de maneira positiva no acesso ao crédito e a financiamentos pelas Companhias.

Nesse prisma, Joaquim Rubens Fontes Filho e Lidice Meireles Picolin (2008) indicam

que a adoção de boas práticas de governança fortalece o mercado de capitais como mecanismo de financiamento às empresas.

Esta conclusão é validada por Jairo Procianoy e Rodrigo Verdi (2009), que dizem que a governança aumenta a confiança e a disposição dos investidores em adquirir ações e pagar um preço melhor por elas, o que acaba refletindo num custo menor de captação.

O trabalho de Ricardo Pereira Câmara Leal (2004) também concluiu que “há evidências de que boas práticas de governança corporativa podem levar a menores custos de capital e maiores avaliações de mercado para as empresas”. O autor afirma ainda que, investidores em países com pouca proteção legal descontam uma parcela do preço de avaliação das empresas para compensar a expropriação.

Em pesquisa sobre os impactos da governança corporativa no financiamento empresarial, Maria Paula Vieira Cicogna, Rudinei Toneto Junior e Maurício Ribeiro do Valle (2007) também verificaram que as melhores práticas de governança influenciaram positivamente o acesso à dívida com o mercado financeiro e contribuíram para o alongamento do prazo do passivo (exigível a longo prazo), diminuindo o total do passivo circulante (dívidas de curto prazo).

Tal panorama sinaliza, portanto, uma alternativa de financiamento para as empresas estatais, cujos financiamentos de longo prazo ainda dependem bastante do apoio subsidiado do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, como pode se verificar no próprio no site do banco, no campo transparência - consulta a operações<sup>2</sup>.

E a referência à alternativa de captação no mercado de capitais não pode ser interpretada apenas como financiamento através da emissão de ações; sim, inclui-se também nesta possibilidade, por exemplo, o lançamento de debêntures e de notas promissórias comerciais.

Por oportuno, traz-se à colação a tabela abaixo com alguns exemplos das operações entre estatais e o BNDES:

Quadro 1 – Empréstimos do BNDES em favor de empresas estatais

Empresa Estatal	Data da Operação e Prazo de Amortização*	Contrato e Valor
SANEPAR S.A.	- Operação: 18.09.2014 - Prazo: 120 meses	- Contrato 14207751 - R\$ 230.011.600,00
FURNAS Centrais Elétricas S.A.	- Operação: 05.05.2014 - Prazo: 192 meses	- Contrato 13213831 - R\$ 441.296.000,00
Eletrobras Termonuclear S.A. - ELETRONUCLEAR	- Operação: 20.04.2017 - Prazo: 225 meses	- Contrato 10220321 - R\$ 6.181.227.520,00
Petroleo Brasileiro S.A. PETROBRAS	- Operação: 19.07.2012 - Prazo: 84 meses	- Contrato 12541040 - R\$ 7.191.258.880,00
CEMIG Distribuição S.A.	- Operação: 28.02.2013 - Prazo: 144 meses	- Contrato 13202661 - R\$ 394.453.200,00

2 A consulta acerca das operações do BNDES está disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/consulta-operacoes-bndes/consulta-a-operacoes-bndes>.

SABESP S.A.	- Operação: 07.11.2011 - Prazo: 96 meses	- Contrato 9211751 - R\$ 578.277.000,00
-------------	---	--

\* Prazo total - Subcrédito mais longo  
Fonte: BNDES

É importante destacar ainda que o acesso ao mercado de capitais para empresas estatais também seria uma alternativa para elas contornarem o problema do contingenciamento de crédito. Nesse sentido, vale lembrar que por força da Resolução 2.827 de 30/03/01, do Conselho Monetário Nacional, as Instituições Financeiras estão proibidas de conceder crédito para as empresas estatais acima de 45% do patrimônio de referência destas.

Embora conduza a uma estabilidade fiscal, o contingenciamento de crédito acaba limitando o potencial de investimentos das empresas estatais, o que pode acabar impactando no serviço público ou atividade econômica que vinha sendo desenvolvida por estas empresas. E desse modo, uma solução para esse gargalo no caixa das estatais, seria buscar socorro junto ao mercado de capitais local ou estrangeiro.

Atualmente, segundo uma pesquisa do IBGC (2017), as empresas estatais listadas na BM&FBovespa representavam 17,9% da capitalização total do mercado em 2016, o que demonstra o peso dessas companhias na economia.

Por fim, deve-se registrar que o aquecimento e a expansão do mercado de capitais local acabam influenciando no desenvolvimento do país, uma vez que ele será a porta de entrada para os investidores nacionais e estrangeiros que serão responsáveis por alavancar o surgimento de novos negócios.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A empresa estatal tem um papel fundamental no desenvolvimento econômico de um país. A história nos revela que por várias vezes ela assumiu a função de unidade básica de produção (ex: países do bloco socialista) e também acabou chamando para si a responsabilidade por grandes projetos de infraestrutura (água, transporte, energia, etc) e pelos empreendimentos que não queriam ser assumidos pelo setor privado por conta dos riscos elevados e da necessidade de grande mobilização de capital.

Por outro lado, em vários países, na ausência das agências reguladoras, as empresas estatais também tiveram um importante papel no controle dos preços. Muitas vezes, ao ingressar num setor com baixa concorrência, a empresa estatal acabava evitando a prática monopolística por empresas privadas, garantindo a eficiência dos mercados.

Essas funções da empresa estatal de certa forma revelam parte do daquilo que a Constituição da República de 1988 chama de interesse público.

No início da década de 90, por conta da influência do pensamento neoliberal, diversas Estatais brasileiras tiveram como fim a privatização. Nos últimos anos, acusações de ineficiência,

corrupção e falta de controle e transparência, trouxeram novamente à tona o debate em torno do papel e a necessidade das empresas estatais.

De certo modo, todos esses problemas estão ligados à ideia de governança corporativa. Na esteira dos movimentos da OCDE, CVM e BM&FBovespa, que pregavam a necessidade da implementação de um sistema de governança corporativa nas estatais, o Congresso Nacional aprovou no dia 30 de junho, a Lei 13.303/16, que dispõe sobre o Estatuto Jurídico das Estatais e que introduz nestas companhias boas práticas de governança.

Dita legislação está alinhada com os valores universais da governança corporativa e traz para dentro das estatais mecanismos para tentar reduzir a assimetria informacional, diminuir a tensão entre o interesse público e a acumulação capitalista (lucro), e garantir a sustentabilidade empresarial.

Entretanto, após se realizar uma revisão de literatura multidisciplinar, concluiu-se, a partir de evidências científicas, que o sistema de governança da Lei 13.303/2016 poderá impactar de forma positiva no desempenho das estatais junto ao mercado financeiro e de capitais.

Os estudos referenciados neste artigo acabam não apenas confirmando as hipóteses levantadas para a pesquisa, como também revelam outros benefícios decorrentes da implantação de um sistema de governança corporativa.

Nesse sentido, alguns trabalhos citados acima apontam que os investidores tendem a pagar mais pelas ações de uma empresa com um bom sistema de governança. Além disso, outras pesquisas também indicam que a governança corporativa, por diminuir a assimetria de informações e facilitar a tomada de decisões, é mecanismo de geração de valor, na medida em que ela acarreta uma maior demanda e negociação das ações da companhia bem governada, o que pode ser traduzido como liquidez dos papéis.

Há ainda trabalhos relevantes citando que as práticas de governança corporativa têm um impacto direto na volatilidade das ações. Nesse norte, companhias com governança mais rígida verificam uma menor oscilação no preço das suas ações.

E por outro lado, outras pesquisas científicas demonstram que a adoção de boas práticas de governança pode facilitar o acesso ao crédito e aos financiamentos no mercado financeiro e de capitais. Este cenário revela que as estatais podem contar com uma alternativa para os seus financiamentos de longo prazo, que hoje são fortemente dependentes do apoio financeiro subsidiado do BNDES, e também com uma alternativa para o contingenciamento de crédito previsto na Resolução 2.827 de 30/03/01, do Conselho Monetário Nacional.

Ainda é cedo para avaliar todos os reflexos causados pelo sistema de governança previsto na recente Lei das Estatais. No entanto, os estudos citados neste artigo evidenciam que, o instrumental de governança da Lei 13.303/2016, se bem aplicado, poderá contribuir substancialmente para o desempenho econômico e financeiro das estatais e, em paralelo, fortalecer a sustentabilidade destas empresas.

## REFERÊNCIAS

AKERLOF, George Arthur. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, v. 84, n. 3, p. 488-500, Aug. 1970.

BNDES – BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Consulta a operações do BNDES**. Disponível em: <<https://bit.ly/3ba5SQp>> Acesso em: 15 dez. 2017

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 11 out. 2017

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)> Acesso em: 25 nov. 2017

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1.188, de 2015**. De PLENÁRIO, sobre as emendas apresentadas ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 555, de 2015, da Comissão Mista instituída pelo ATN nº 3, de 2015 - Responsabilidade das Estatais (CN), que dispõe sobre a responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas públicas que especifica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e sobre seu estatuto jurídico. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159126&disposition=inline>> Acesso em: 6 nov. 2017

CICOGNA, Maria Paula Vieira; TONETO JUINOR, Rudinei; VALLE, Maurício Ribeiro do. O impacto da adesão a padrões mais elevados de governança sobre o financiamento empresarial. **Revista de Administração da USP, São Paulo**, v. 42, n. 1, p. 52-63, jan./mar. 2007.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Programa de aprimoramento da governança corporativa de empresas estatais**. Rio de Janeiro: CVM, 2015. Disponível em: <[http://www.cvm.gov.br/menu/acesso\\_informacao/institucional/apresentacoes/20150402-lancamento-programa-gov-corporativa-bolsa-discursopte.html](http://www.cvm.gov.br/menu/acesso_informacao/institucional/apresentacoes/20150402-lancamento-programa-gov-corporativa-bolsa-discursopte.html)> Acesso em: 2 nov. 2017

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; PICOLIN, Lidice Meireles. Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 42, n. 6, p. 1163-1188, nov./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n6/07.pdf>> Acesso em: 5 out. 2017

HOFFMANN, Ricardo; BORTOLUZZO, Adriana Bruscato; MACHADO Sérgio Jurandyr. **Impacto da estrutura de propriedade e do nível de governança corporativa no ajuste parcial de preços em um IPO**. São Paulo: Insper, 2011. Disponível em: <[https://www.insper.edu.br/en/wp-content/uploads/2013/12/2011\\_wpe238.pdf](https://www.insper.edu.br/en/wp-content/uploads/2013/12/2011_wpe238.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2017

IBGC - INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

IBGC - INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança corporativa em empresas estatais listadas no Brasil**. São Paulo: IBGC, 2017.

IBGC - INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **O que é governança corporativa**. São Paulo: IBGC, [201-]. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>> Acesso em: 30 out. 2017

KAVESKI, Itzhak David Simão; et al. GOVERNANÇA CORPORATIVA E CAPITAL INTELECTUAL DAS EMPRESAS BRASILEIRAS PERTENCENTES AO ÍNDICE BM&FBOVESPA DE CONSUMO (ICON). **Revista de Gestão e Contabilidade da UFPI**, Vol. 2, No 2 (2015). Disponível em: <<http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-06/index.php/GECONT/article/view/2693>> Acesso em: 15 dez. 2017

LAURETTI, Lélío. **O princípio da transparência no contexto da governança corporativa**. INSTITUTO ETHOS. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www3.ethos.org.br/cedoc/5790/#.WYjS6VWGOCg>> Acesso em: 8 nov. 2017

LEAL, Ricardo Pereira Câmara. Governance practices and corporate value: a recent literature survey. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 327-337, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/download/16819>> Acesso em: 14 dez. 2017

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MALACRIDA, Mara Jane Contrera; YAMAMOTO, Marina Mitiyo. Governança corporativa: nível de evidenciação das informações e sua relação com a volatilidade das ações do Ibovespa. **Revista Contabilidade & Finanças**, São Paulo, v.17, número especial, p. 65-79, 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rcf/article/view/34196>> Acesso em: 14 dez. 2017

MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. Assimetria de informação na negociação de ações, características econômico-financeiras e governança corporativa no mercado acionário brasileiro. **Revista de Contabilidade e Finanças da USP**, São Paulo, v. 25, n. 64, p. 33-45, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rcf/v25n64/v25n64a04.pdf>> Acesso em: 3 nov. 2017

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. **Direito dos valores mobiliários**. São Paulo: FGV, 2015. v. 1, t. 1.

MCKINSEY & COMPANY. **Investor Opinion Survey on Corporate Governance**. New York, 2000. Disponível em: <<https://bit.ly/2IWgru0>> Acesso em: 15 dez. 2017

PROCIANOY, Jairo Laser; VERDI, Rodrigo S. Adesão aos novos mercados da BOVESPA: novo mercado, nível 1 e nível 2: determinantes e consequências. **Revista Brasileira de Finanças**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 107-136, 2009.

ROSSETI, José Paschoal; ANDRADE, Adriane. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHWIND, Rafael Wallbach. A participação de empresas estatais no capital de empresas privadas que não integram a Administração Pública. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: lei 13.303/2016: “lei das estatais”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Edson Cordeiro. **Governança corporativa nas empresas**: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiros de administração e fiscal, auditores, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016;

SIMON, Herbert Alexander. A racionalidade do processo decisório em empresas. **Edições Multiplic**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 25-58, 1980.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **Markets and hierarchies**: analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975.

**Como citar**: RIBAS, Felipe Santos; BLANCHET, Luiz Alberto. Os impactos da lei 13.303, de 30 de junho de 2016, no desempenho das empresas estatais junto ao mercado financeiro e de capitais: uma análise sob a ótica da governança corporativa. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 1, p. 10-24, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p10. ISSN 2178-8189.

Recebido em: 07/03/2018

Aprovado em: 07/03/2020

**AUTOCOMPOSIÇÕES COMO EFETIVAS FORMAS DE  
RESOLUÇÃO DE DEMANDAS EIVADAS DE ATOS DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

CONSENSUAL DISPUTE RESOLUTION AS AN EFFECTIVE  
FORM OF CONFLICT RESOLUTION MECHANISM IN CASES OF  
ADMINISTRATIVE MISCONDUCT

**Wellington Henrique Rocha de Lima\***  
**Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira\*\***

\*Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Futura (ICETEC). Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública com Capacitação para Ensino pelo Damásio Educacional (DAMASIO). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Email: wellington\_hrocha@hotmail.com

\*\*Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: jussara@bflaw.adv.br

**Como citar:** LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Autocomposições como efetivas formas de resolução de demandas eivadas de ato de improbidade administrativa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 25-38, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p25. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** O presente artigo analisa a possibilidade da utilização dos meios autocompositivos de resolução de demandas, quais sejam, a mediação, a conciliação e os acordos como efetivos meios de resolução de demandas frente aos atos de improbidade administrativa na fase extrajudicial ou pré-processual. Através do método dedutivo analítico se faz uma análise dos meios autocompositivos na doutrina processual civil, sobretudo após a publicação das Leis n. 13.105 e 13.140, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação de 2015 respectivamente, e quais os efeitos no ordenamento jurídico. Traça-se uma conceituação básica por meio dos referenciais teóricos e legislativos pátrios quanto as autocomposições frente à Administração Pública, bem como de maneira descritiva argumentativa se constroem hipóteses para resolutividade das demandas envolvendo atos de improbidade administrativa.

**Palavras-chave:** Mediação. Conciliação. Acordos. Improbidade Administrativa.

**Abstract:** This article examines the possibility of using consensual dispute resolution, such as mediation, conciliation, and agreements, as a means for conflict resolution in cases of administrative misconduct in extrajudicial or pre-judicial phases. With an analytical deductive method, this paper analyzes consensual dispute resolution in the works of Brazilian Civil Procedural scholars, especially after the publication of Laws

13.105 and 13.140 (Civil Procedure Code and the Mediation Law of 2015). Moreover, this study investigates their effects on the legal system and outlines a basic concept of theoretical and legislative references of consensual dispute resolution mechanisms in relation to the Brazilian government, as well as to claims that involve administrative misconduct.

**Keywords:** Mediation; Conciliation; Agreements; Improbability, Administrative.

## INTRODUÇÃO

Busca-se demonstrar a possibilidade da utilização dos institutos legais da Mediação, da Conciliação e dos Acordos na resolução das demandas eivadas de atos de improbidade administrativa e, por conseguinte, de corrupção.

Evidente é a necessidade de modernização do ordenamento jurídico no enfrentamento a todos os atos de atentem aos princípios da Administração Pública, exemplo disso é apresentado por Pedro Antonio de Oliveira Machado (2017, p. 153), o qual preleciona que há “a necessidade de que sejam dedicados os melhores esforços do Poder Público para o intransigente combate à corrupção e à improbidade administrativa, as quais têm muitos pontos em comum, e constituem males que atrasam e obstruem o longo caminho a ser percorrido”, caminho este tão ambicioso almejado pela República.

E nesse passo vem à baila a necessidade de não se confundir a autocomposição do direito litigioso com a possibilidade de haver autocomposição.

A esse respeito, Fredie Didier Jr. (2017, p. 703) preleciona que “não se pode confundir ‘não admitir autocomposição’, situação que autoriza a dispensa da audiência de conciliação, com ser ‘indisponível o direito litigioso’. Em muitos casos, o direito litigioso é indisponível”, porém, “é possível haver autocomposição”.

Sendo possível haver a autocomposição, não estaria este direito litigado ligado às vedações consagradas pela doutrina tradicional e aos instrumentos legislativos de combate à corrupção e de sanção aos atos de improbidade administrativa?

Araken de Assis (2016, p. 90) defende que “o processo civil não é o único mecanismo para solucionar os litígios na vida social. Respeitada a peculiar extensão a esse meio reservada no direito brasileiro, e a despeito de os conflitos serem confiados preponderantemente à autoridade judiciária”, o que claramente traz a judicialização dos conflitos, influenciando, assim, também, para a morosidade judicial, é latente a possibilidade de que a “composição pode ser atingida através de meio equivalentes”.

Os meios equivalentes pautam-se essencialmente no fato de que as vedações já aludidas não devem estar simplesmente reservadas à autoridade judiciária, mas também para os meios extrajudiciais de resolução das demandas.

Ao contrário do proposto e das diversas inovações incorporadas no ordenamento jurídico contemporâneo, Fredie Didier Jr. (2017, p. 704) assevera que “o poder público somente pode resolver o conflito por autocomposição quando houver autorização normativa para isso - fora dessas hipóteses, não há como realizar autocomposição”, porém, noutra giro, garante que “há um claro estímulo a essa forma de solução de conflito pelo poder público - os arts. 32-40 da lei. 13.140/2015 são inteiramente dedicados a isso”.

A despeito do afirmado, não deve o Poder Público se pautar no antigo ordenamento jurídico para a aplicação dos novos códigos legislativos, haja vista que deverá a lei acompanhar as mudanças sociais para a busca da pacificação social.

Com isso, é possível evidenciar, nas palavras de Pedro Antonio de Oliveira Machado (2017, p. 153) que “o espaço que ganhou a preocupação de tais problemas, no plano global, inclusive, por meio de marcos legais internacionais, que foram internacionalizados pelo nosso ordenamento jurídico, e que sugerem e inspiram novas possibilidades de atuação (mais eficiente) do Estado”, meios estes que devem ser aludidos pelos “órgãos do sistema de justiça no trato do assunto”, especificamente no Poder Público.

As novas possibilidades de atuação são aquelas mais eficientes, que demandam menos pessoal, menos recursos públicos, menos desperdício e, sobretudo, menos tempo na resolutividade nas demandas, nesse passo que conciliar previamente, mediar grandes conflitos e, em especial, findar em um acordo são as inspirações de novas possibilidades.

O controle judiciário da Administração, ao longo dos tempos, vem ultrapassando limites e barreiras, nessa senda Araken de Assis (2016, p. 151) acentua que “o controle judiciário da Administração Pública tem limites quanto à matéria, quanto à oportunidade, quanto aos efeitos e quanto a sua extensão”. Dessa forma, “eles são intrínsecos ao modelo constitucional entre nós adotado em 1988. No entanto, é universal a tendência de ampliar a última baliza - e o STF deu passos largos nesses rumos -, o que se refletirá na relação entre o processo civil e o administrativo”.<sup>1</sup>

O Processo Civil e o Processo Administrativo interligados devem estar, para que os limites e barreiras, quanto à vedação das possibilidades de autocomposição, estejam a cada dia não mais sedimentados no ordenamento jurídico. É nesse sentido que o próprio Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, caminha para este estreitamento entre ambos os processos.

Fredie Didier Jr. (2017, p. 704) arremata, garantindo que “não quer dizer que não há possibilidade de autocomposição nos processos de que faça parte o ente público. Há, ao contrário, forte tendência legislativa no sentido de permitir a solução consensual de conflitos envolvendo entes públicos”. Assim, as criações inseridas pelo novo código de processo civil garantem a criação de câmaras administrativas de conciliação e mediação (BRASIL, 2015a).

A autocomposição vem se tornando parte da Administração Pública, ainda que em passos lentos, deve ser estimulada também pelos doutrinadores, haja vista que o próprio legislador iniciou, por meio do ouvir das mudanças sociais, a mudança da lei (BRASIL, 2015a).

A forte influência do Novo Código de Processo Civil na política nacional de incentivo à resolução de conflitos por meios autocompositivos (CNJ, 2010) é evidente fundamento das novas legislações, em específico, na Administração Pública em busca da eficiência das suas atividades e essencialmente na busca pela punibilidade dos agentes ímprobos e ressarcimento ao erário público, no combate à morosidade administrativa e judicial.

A autocomposição poderá ser admitida na Administração Pública, como bem asseveram Alexandre Reis Siqueira Freire e José Miguel Garcia Medina (ALVIM *et al.*, 2016, p. 260), pois “pode se admitir o uso de técnicas de solução consensual de conflitos também quando forem partes a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Dessa forma, “como resultado do procedimento, dependendo das partes envolvidas e do objeto da lide, pode ser celebrado, por

---

<sup>1</sup> Destaca-se que não se configura objetivo do estudo a análise do controle judicial na Administração Pública.

exemplo, o termo de ajustamento de conduta”.

A celebração de um acordo entre os entes da Administração Pública e os particulares ou agentes ímprobos deve ser motivo de comemoração, haja vista que todos os princípios norteadores do Poder Público estarão sendo contemplados com o devido acompanhamento do Ministério Público e, posteriormente, com a anuência do juízo competente *a posteriori*.

Ao acordar, estarão as partes garantindo que o erário seja restituído, que os princípios sejam reestabelecidos e, em especial, que as penas sejam cumpridas e as sanções aplicadas, com isso reduzir a morosidade judiciária.

Ao tratar da morosidade judiciária, Araken de Assis (2016, p. 90) preleciona que “a crise da Justiça Pública constitui problema perene e, a rigor, insolúvel. Embora inexista Justiça instantânea, o tempo normal - a estrita observância dos direitos fundamentais processuais contribui nesse sentido” e que “consumido pelo processo tornou mais aguda a crise quantitativa, introduzindo a nítida percepção de morosidade exasperante”.

Não se deve entender que a busca pelas autocomposições sejam para uma justiça instantânea, pois é de se questionar se a rapidez do Poder Judiciário é boa para o bom funcionamento daquela. Não necessariamente um processo rápido será um processo satisfatório para as partes, bem como não será necessariamente efetivo pacificador da paz social.

Araken de Assis (2016, p. 93) garante ainda que “os meios alternativos arrolados concorrem entre si, e salvo no caso da arbitragem, não se pré-excluem”, é nesse sentido que se concebe “a mediação como fase preliminar do processo civil e como alinhavo da futura decisão autoritária”. Particularmente propícia a “mediação quando não convém impor a uma das partes o sacrifício integral do seu interesse, porque os litigantes relacionam-se de forma duradora [...] enquanto arbitragem afigura-se preferível existindo acentuada assimetria econômica entre os litigantes”.

Devem ser observados os melhores meios para a composição dos danos causados e os meios a serem utilizados, para que os interesses dos litigantes e do Poder Público sejam relacionados de forma duradoura e não utilizados para usurpar os institutos mencionados, quais sejam, a Mediação, a Conciliação e os Acordos.

## 1 A IMPUNIDADE E O COMBATE À CORRUPÇÃO

Cláudio Smirne Diniz e Eduardo Cambi (2017, p. 1) corroboram que “naturalmente, por ocasião da transação em matéria de improbidade administrativa, deve ser convencionada, para além do reconhecimento da prática do ilícito, a aplicação de uma ou mais sanções do art. 12 da Lei 8.429/92; e ainda, naturalmente, a recomposição do dano”.

Dessa forma, não significa que o agente, por estar autocompondo, estará dispensado de cumprir com as obrigações e sanções dispostas na lei, pelo contrário, estará este garantindo que suas obrigações não ultrapassem o plano legal para o plano pessoal de afetação da vida política e cotidiana.

Nas palavras de Araken de Assis (2016, p. 149-150) “se a relação entre o processo civil e o penal, embora circunscrita à magna questão do dano civil, mostrou-se delicada e envolta em nebulosas questões, o panorama carrega-se de tons sombrios na revolta confluência dos processos civil, penal e administrativo”.

A composição dos danos, além do reconhecimento da prática do ilícito, garantindo uma ou mais sanções do art. 12 da lei de improbidade, deve estar presente em todos os institutos, quais sejam, a Mediação, a Conciliação ou os Acordos, garantindo o ressarcimento ao erário em tempo hábil, bem como a recomposição dos princípios afrontados.

Nesta senda que, ao tratar dos Acordos de Leniência, Pedro Antonio de Oliveira Machado (2017, p. 165) discorre que “o combate à corrupção e aos atos lesivos à Administração Pública não é um fim em si, mas um meio para atingir tais objetivos primários e primeiros, eleitos no texto da Constituição Federal da República” e, com isso, também é necessário que se “estabeleçam mecanismos dotados de eficiência e efetividade para a tarefa dos órgãos de fiscalização e persecução desses ilícitos”.

A fiscalização e a persecução desses ilícitos devem ser combativas contra a corrupção e a prática de ilícitos penais, para que assim sejam estes meios efetivos aos objetivos na lei colimados.

Assim, afirmam Eduardo Cambi e Fernando Machado de Souza (2015, p. 1) que “a resolução consensual de conflitos que tratam de direitos transindividuais é um importante meio de adequação da tutela, pois assegura a mais rápida e eficiente proteção dos direitos coletivos e difusos ameaçados ou lesados” e, dessa forma, tem “se mostrado mais eficiente para a pacificação social do que a decisão judicial de mérito transitada em julgado”.

A busca pela eficiência para a pacificação social é aludida como norte de caminho do Poder Público frente às inúmeras problemáticas em voga no atual cenário do judiciário brasileiro, haja vista a importância da adequação da tutela, para que, assim, seja assegurada a rápida e eficiente proteção dos direitos coletivos e difusos lesados ou ameaçados.

Por outro lado, afirma José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 1246) que, “não obstante, cumpre que a mediação tenha por objeto apenas direitos disponíveis ou indisponíveis que comportem transação; neste último caso, a homologação deve ser judicial, exigida a presença do Ministério Público”. E, com isso, “estão, fora, portanto, os direitos intransacionáveis. Incide no mecanismo a confidencialidade, sendo vedada, como regra, a divulgação de informação a terceiros (art. 30)”.

Portanto, em se tratando de direitos disponíveis e indisponíveis podem ser utilizadas as autocomposições, em especial a Mediação, com a finalidade de garantir que não seja utilizada esta em direitos não transacionáveis, pelo motivo de não poderem ser objeto de negociação, por exemplo, o direito a alimentos.

O fundamento de José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 735) traz em voga novamente a vedação aduzida na Lei de Improbidade Administrativa; todavia, o fundamento é ultrapassado e já está constitucionalmente relativizado pelas novas legislações vigentes. Ao mesmo passo que fundamenta que na via administrativa poderá o agente propor a autocomposição, pois, “na via

administrativa, o lesado pode formular seu pedido indenizatório ao órgão competente da pessoa jurídica civilmente responsável, formando-se, então, processo administrativo no qual poderão manifestar-se os interessados, produzir-se provas e chegar-se a um resultado final sobre o pedido” e, dessa maneira, “se houver acordo quanto ao montante indenizatório, é viável que o pagamento se faça de uma só vez ou parceladamente, tudo de acordo com a autocomposição das partes interessadas”.

Nesse sentido, a autocomposição entre as partes poderá trazer eficácia e agilidade da compensação dos danos causados à Administração Pública, haja vista que poderá o órgão lesado, por ato de improbidade administrativa, formular pedido indenizatório ao órgão competente e as provas possam ser produzidas, ainda, chegar a um pedido final de cumprimento de obrigações e sanções, bem como ressarcimento e findar uma demanda que poderia perdurar anos no âmbito Judiciário.

## 2 A MEDIDA PROVISÓRIA 703/2015 E O ART. 26 DA LINDB

Matheus Carvalho (2017, p. 981) afirma que, “por seu turno, o art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92, [...] vedava expressamente a transação, acordo ou qualquer espécie de conciliação em ações de improbidade administrativa.” No entanto, “a matéria deve ser analisada sob a ótica do bem jurídico que se visa proteger por meio da ação de improbidade administrativa, qual seja, a integridade do patrimônio público, material e imaterial e a garantia do interesse da coletividade” para que, com isso, haja “a aplicação de sanções aos agentes que põem em risco essas prerrogativas”. Contudo, tal afirmação se firmava no tempo de vigência da MP 703/2015 (BRASIL, 2015c).

Mesmo não estando a Medida Provisória em vigência, diversos mecanismos legais estão em voga garantindo que poderá a Administração Pública transacionar com o fundamento de que é necessário garantir a integridade do patrimônio público, material e imaterial, principalmente a garantia do interesse da coletividade no ressarcimento e na aplicação das sanções aos agentes ímprobos.

Evidência disto é a nova alteração aludida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4657), o qual sofreu diversas alterações com o advento da Lei nº 13.655 de 2018, notadamente com a inserção do art. 26, o qual dispõe sobre a possibilidade de celebrar compromissos com os interessados, com a finalidade de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público (BRASIL, 2018).

Nesse passo que as alterações advindas no art. 26, da lei nº 13.665 de 2018, vêm ao encontro das necessidades do gestor público que assume suas responsabilidades e compromissos na restituição de valores ou no cumprimento das penas, quando da afronta a algum princípio da administração pública. Nesta senda, fora publicada a nova legislação, para sanar as lacunas existentes e transpassar a vedação aduzida pela Lei de Improbidade Administrativa, a qual proíbe qualquer meio autocompositivo, mesmo que haja o consentimento do sujeito que entende ser responsável total ou parcialmente. O artigo dispõe *in verbis* “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de

expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observado a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial” (BRASIL, 2018).

Evidente a promoção do Princípio da Eficiência na Administração Pública, bem como na busca pela resolutividade das demandas no Direito Público frente à morosidade que permeia os entes do poder estatal. O referido princípio vem expresso na Magna Carta Brasileira, em seu art. 37, o qual dispõe que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988).

Neste cerne, é possível então entrelaçar as disposições elencadas pelo art. 26 da LINDB, assim como com a vedação disposta no art. 17, § 1º.º da Lei de Improbidade, e que este se encontra na atualidade suplantado pelo ordenamento jurídico e agora essencialmente pela nova legislação de introdução às normas do direito brasileiro.

A propósito, Eduardo Talamini (2017, p. 1) remarca as possibilidades decorrentes da justiça multiportas, pois “[...] a indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões”.

Determinadas pretensões devem ser abdicadas quando não coincidirem com a vontade do Poder Público na aplicação e realização de atos que prestigiem o princípio da eficiência, ou seja, é necessário o fortalecimento das possibilidades decorrentes da justiça multiportas no avanço das autocomposições em tempos plurais.

Fernando Machado de Souza e Henrique Ribeiro de Oliveira (2016, p. 1) fundamentam que “dentro de um cenário crescente de judicialização dos conflitos, é necessário se estabelecer medidas para otimização dos recursos públicos, com vistas ao cumprimento do preceito da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal”.

A otimização dos recursos públicos deve ser pauta essencial tanto às políticas de Governo ou de Estado e do Poder Legislativo, quanto do Poder Executivo, ao mesmo passo que caberá ao Poder Judiciário ser ativista positivo na aplicação do ordenamento jurídico como sendo este um complexo de normas com um fim social ou com o fim da pacificação social.

O cumprimento do preceito da eficiência deve estar presente no dia-a-dia da Administração Pública como forma de privilegiar a Constituição Federal. Segundo Bruno Smoraleck Dias (2013, p. 251) “o Direito como um organismo dinâmico é que deve acompanhar a sociedade em suas evoluções sociais, com a queda do absolutismo e a sedimentação dos ditames da democracia e da soberania popular sobre as figuras dos Estados Nação”.

Nesse sentido, o Direito deve ser dinâmico às mudanças sociais e se enraizar na Administração Pública, como uma evolução necessária para que o Estado Democrático de Direito

---

2 Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. [...] (BRASIL, 1992).

seja fundamentado e firmado nos pilares democráticos de participação social nas mudanças legislativas, ainda que de forma indireta.

### 3 EFICIÊNCIA: PODER JUDICIÁRIO E A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Fundamentadamente, Fernando Machado de Souza e Henrique Ribeiro de Oliveira (2016, p. 1) corroboram que os meios autocompositivos evidenciam uma nova forma de a Administração Pública encarar a realidade dos gastos públicos e da eficiência pública morosa existente, haja vista que “a solução negociada dos conflitos, sobretudo no que concerne à Administração Pública, representam um efetivo meio de contenção de gastos, uma vez que, nesse contexto, as demandas deixam de serem propostas, ou mesmo quando constituídas, têm seu tempo de tramitação reduzido pela solução antecipada pelas próprias partes”.

Mesmo constituídas, as demandas terão sua solução antecipada, por exemplo, ainda que esteja em fase de investigação de ato de improbidade administrativa, o Ministério Público movimentará toda a sua máquina, ou seja, a máquina do Poder Judiciário; contudo, havendo a autocomposição entre as partes, eficaz e hábil será a resolutividade da demanda, e a Administração Pública vislumbrará uma nova realidade na compensação dos seus danos.

Ao tratar dos desperdícios, Eduardo Cambi (2011, p. 422) orienta que “[...] o desperdício de recursos, em um contexto de escassez, promove injustiças, especialmente para as pessoas que potencialmente mais necessitam da prestação estatal”.

A ineficaz prestação jurisdicional traz efeitos a todos aqueles que mais precisam da prestação estatal, pois um processo judicial que perdura por mais de dez anos em busca do ressarcimento de desvios de verbas da saúde pública é o mesmo processo que retira por dez anos o recurso dos cofres públicos pela inoperância da resolutividade das demandas em que se envolvem os gestores ímprobos.

Nesse passo que afirmam Lédio Rosa de Andrade e Alexandre Morais da Rosa (2016, p. 9) que “o direito é uma realidade com a qual se deve lidar. É um problema a ser resolvido. É um instrumento a ser usado. A questão é saber como e em benefício de quem. Quando o direito se extrema e a injustiça se instala de forma brutal sobre as multidões, o resultado acaba sendo a revolta”.

É nesse caminho que não pode a Administração Pública perdurar e o Direito deve ser usado para benefício daqueles que aguardam que o Poder Público reaja às necessidades dos que mais precisam e consiga punir aqueles que profanam os princípios da Administração para lograr benefícios próprios.

Em um novo caminho de autocompor na Administração Pública, o fortalecimento das legislações e a instituição de mecanismos para a redução dos gastos públicos com os processos remansosos adentram, cada vez mais, o caminho da eficiência e da boa-fé, pois, segundo Fernando Machado de Souza e Henrique Ribeiro de Oliveira (2016, p. 1) se “reduzidos os gastos médios com a tramitação de processos que permitam a autocomposição, os recursos orçamentários podem

ser direcionados para o aprimoramento da prestação jurisdicional”, os quais são encampados “por meio do investimento em servidores ou ainda em tecnologia, compatibilizando assim o tratamento do processo pelo Poder Judiciário com o princípio da eficiência previsto pela Constituição Federal”.

Se valer de uma autocomposição garante, analisados os princípios que a regem e que regem a Administração Pública, mais eficiência para a realização da justiça, à medida que aquele gestor que comete ato de improbidade administrativa cumpra com suas obrigações e, sobretudo, garanta que os recursos sejam devolvidos ou ressarcidos ao erário para que os investimentos sejam destinados de forma correta.

Taiz Rogério e Maria Tereza Fonseca Dias (2012, p. 1) aduzem que, quanto ao princípio da Legalidade no que se refere aos meios autocompositivos, qual seja, a Mediação nos processos da Administração Pública, deve-se analisar de uma maneira diferenciada, ou seja, “a leitura rígida do princípio da legalidade foi superada. A interpretação literal da lei demonstrou não traduzir com exatidão o interesse público”.

As leituras tradicionalistas dos princípios não acompanham os movimentos cíclicos que estes realizam no ordenamento jurídico, estes devem acompanhar as mudanças legislativas e principalmente sociais.

Ainda quanto ao interesse coletivo, Taiz Rogério e Maria Tereza Fonseca Dias (2012, p. 1) argumentam que “a Administração Pública deve preocupar-se primeiro em atender o conteúdo da lei sobre o qual estará resguardado o interesse coletivo, até então prejudicado pelo legalismo descomedido, criador de empecilhos à atuação estatal”.

Entretanto, cumpre destacar que deve ser respeitado o princípio da Moralidade Administrativa, ou seja, nem todos os atos de improbidade administrativa deverão ser recepcionados pela autocomposição, seja pela gravidade do ato, seja pelo dolo praticado pelo agente. Atos em que é possível verificar a prática dolosa do agente, a má-fé exacerbada, a consciência de ilicitude sem escrúpulos, devem ser rechaçados pelos representantes do Ministério Público, bem como da Administração Pública, diante de uma carga valorativa principiológica. E com isso, não sejam estes agentes beneficiados pela possibilidade de pôr fim às demandas através da autocomposição, e sim respondam pelos seus atos através do Inquérito Civil ou a própria Ação de Improbidade Administrativa.

Evidente é a necessidade de o Poder Público realizar as autocomposições, bem como estas serem utilizadas tanto nos processos administrativos quanto judiciais. Um novo momento é inaugurado quanto à Indisponibilidade do Interesse Público frente ao Direito Coletivo, o qual, necessariamente deve ser resguardado; contudo, não pode este obstar os ressarcimentos ao erário, a composição dos danos causados a Administração Pública, bem como o cumprimento das penas e sanções aos gestores de maneira eficaz, justa e em tempo hábil.

A Mediação, a Conciliação e os Acordos já circulam por todo o ordenamento jurídico, pelo Poder Judiciário, assim como na Administração Pública, cabem agora os fortalecimentos dos institutos com a finalidade una de pacificação social, por meio do Direito Pátrio. Fortalecimentos estes que se darão por um esforço do Poder Legislativo ao editar leis, pelo Poder Judiciário

ao aplicar efetivamente a legislação, bem como do respeito os princípios de acordo com suas mudanças temporais e o fortalecimento e incentivo de mecanismos para os membros do Ministério Público ao preservarem pelos meios autocompositivos ao invés de processos judiciais morosos em casos de prática de atos de improbidade infundados ou diante de meras irregularidades.

## CONCLUSÃO

Os meios autocompositivos exercem no ordenamento jurídico brasileiro relevante papel na busca pela pacificação social, haja vista, garantirem a humanização da resolutividade das demandas pela participação das partes envolvidas no litígio.

A mediação garante para as partes, que um terceiro participe da resolução do litígio com a finalidade de apresentar de forma clara e concisa quais os assuntos que podem ser debatidos, os direitos e deveres envolvidos no litígio, bem como quais os efeitos das decisões a serem tomadas, garantindo com isto que as partes não sofram com surpresas nos pactos firmados. Este mediador não apresenta propostas, nem soluções, mas sim esclarece as demandas existentes.

A conciliação, diferente da mediação, é construída através de um conciliador que na mesma iniciativa de apresentar de forma clara e concisa os assuntos que devem ser podem ser debatidos pelas partes, e de forma diversa apresenta propostas aos envolvidos, pois este tem vínculo com as partes no litígio.

Os acordos são representados por diversas formas de negociações com posterior tratado firmado entre as partes. Mostram-se como mecanismos eficazes de pôr fim a demandas que por vezes, ultrapassariam anos se fossem levadas à apreciação do Poder Judiciário.

O Novo Código de Processo Civil é produto legislativo de fomento para utilização da conciliação e da mediação para dar resolutividade às demandas. Reflexo deste vige no ordenamento a Lei de Mediação e autocomposição na Administração Pública, ambas promulgadas no ano de 2015.

Os agentes poderão ser representados e penalizados de forma separada ou cumulativamente pela prática de atos de improbidade administrativa, contudo, estas penas deverão ser aplicadas de forma razoável e proporcional a gravidade do ato, bem como a forma praticada, seja esta dolosa ou culposa.

A Lei de Improbidade prevê em seu art. 17, § 1. que após a propositura da ação é vedada a transação, acordo ou conciliação. Contudo não há o impedimento para a utilização destes métodos autocompositivos de resolução de conflitos em momento anterior a propositura das ações de improbidade administrativa.

Nesse sentido, é possível afirmar que os institutos da Mediação, da Conciliação e dos Acordos podem ser utilizados para dirimir e dar resolutividade aos litígios consubstanciados por atos de improbidade administrativa.

Entretanto, mesmo nas ações de improbidade administrativa são utilizados acordos para pôr fim às demandas, pela utilização dos Compromissos de Ajustamento de Conduta, bem como

com os Acordos de Leniência.

Contudo, a vedação aludida pelo texto legislativo deve ser acatada e, portanto, os meios autocompositivos devem ser utilizados somente em momento anterior a propositura das ações de improbidade, para que se garanta a não sucumbência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

A conciliação, a Mediação e os Acordos não são aplicáveis a todos os casos, havendo restrição e não sendo cabíveis quando houver a prática dolosa do agente, a má-fé evidente, ou o descompromisso com a moralidade pública, devendo o agente público responder civil e criminalmente pelos atos ilícitos praticados.

Por conseguinte, a Mediação, a Conciliação e os Acordos se mostram efetivos meios autocompositivos de resolução de demandas de atos eivados de improbidade administrativa anterior à propositura das ações nos casos em que não ultrapassem o limite dos princípios que regem a Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE, Lédio Rosa de; ROSA, Alexandre Moraes da. **O Superior Tribunal de Justiça e os ricos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 1 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1). Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015**. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Brasília: Presidência da República, 2015c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm). Acesso em: 24 maio 2019.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p. 225-245, mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao\\_125\\_29112010\\_03042019145135.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf). Acesso em: 14 maio 2019.

DIAS, Bruno Smoraleck. Limite material ao poder constituinte originário fruto do direito internacional. *In*: ESPÍRITO SANTO, Davi do; PASOLD, Cesar (org.). **Reflexões sobre teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 251-268.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGÉRIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46960>. Acesso em: 14 out. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 22., 2017, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: AMMP, 2017.

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2017.

SOUZA, Fernando Machado de; OLIVEIRA, Henrique Ribeiro de. Solução negociada dos conflitos da administração e redução do custo processual: aplicação do princípio da eficiência no tratamento das demandas. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 296-317, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/download/571/569>. Acesso em: 6 dez. 2018.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória): versão atualizada para o CPC/2015. **RePro: Revista de Processo**, São Paulo, v. 264,

p. 83-107, fev. 2017.

**Como citar:** LIMA, Wellington Henrique Rocha de; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Autocomposições como efetivas formas de resolução de demandas eivadas de ato de improbidade administrativa. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 1, p. 25-38, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p25. ISSN 2178-8189.

Recebido em: 02/09/2019

Aprovado em: 06/03/2020

## A DOCTRINA DO TRIBUNAL MULTIPORTAS E A SUA APLICABILIDADE NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO BRASIL

THE MULTI-DOOR COURT AND ITS APPLICABILITY IN THE SMALL CLAIMS COURTS OF BRAZIL

Diego Sabóia e Silva\*  
David Gomes Pontes\*\*

\*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal Fluminense. Doutor em Ciências Jurídico-Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Tributário. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. Email: diegossaboaiesilva@gmail.com

\*\*Doutorado em andamento pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Vale do Acaraú. Email: davidpontes@yahoo.com.br

**Como citar:** SILVA, Diego Sabóia e; PONTES, David Gomes. A doutrina do tribunal multiportas e sua aplicabilidade nos juizados especiais cíveis do Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 39-54, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1pX. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** O presente artigo possui por objetivo geral verificar em que consiste a doutrina do Tribunal Multiportas, assim como sua incidência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis – JEC’s – no Brasil. Como propósitos específicos, intenta-se inicialmente explicar a origem de referida teoria, a partir da perspectiva atribuída por Frank Sander, na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos; após, discute-se sua recepção em terras brasileiras, adotando-se como base sua aplicabilidade nos JEC’s à luz da evolução legislativa e possíveis situações que inviabilizam a efetivação de seu propósito, a saber, a pacificação social alcançada pelo meio mais adequado de prevenção ou reparação de conflitos de interesses disponíveis; e, por fim, analisa-se o novel perfil exigido dos profissionais da advocacia nessa conjuntura de desestímulo à judicialização. Por fim, à guisa de verificação da aderência da proposta à realidade circundante, faz-se análise de caso concreto hipotético que envolve o direito de vizinhança e mecanismos de defesa possessórios.

**Palavras-chave:** Tribunal multiportas. Aplicabilidade. Juizados especiais cíveis. Brasil.

**Abstract:** This paper’s objective is to verify the use of the Multi-door Court, as well as its possible adoption in Brazilian Small Claims Courts – JECs. Firstly, this study explores this important institution’s origins, from the perspective of Frank Sander, a Harvard University professor. Secondly, this paper discusses its possible use in Brazil’s JECs. Unfortunately, some court practices impair its purpose. Finally, this study investigates how legal professionals handle situations that do not need to immediately

involve the judicial process. Finally, in order to verify the acceptance of the proposal in its surrounding reality, this paper examines a specific case that involved the right of neighborliness and the defense of possessions.

**Keywords:** Multidoors Court. Applicability. Small Claims Court. Brazil.

## INTRODUÇÃO

A temática em escopo consistirá em analisar a função dos Juizados Especiais Cíveis - JEC's - brasileiros como Tribunal Multiportas, no sentido de direcionar os processos que a estes se apresentam aos mais adequados métodos de resolução de conflitos (à guisa exemplificativa: mediação, conciliação, arbitragem, *rent a judge*, *ombudsman*), privilegiando-se a celeridade e a economia tanto para o Poder Judiciário quanto para as partes envolvidas e, por consectário lógico, a eficiência e a adequação processuais.

Para tanto, são objetivos centrais deste artigo apresentar o contexto onde se originou e se desenvolveu a doutrina do Tribunal Multiportas, a saber, nos Estados Unidos da América, em espaço cuja tradição jurídica é anglo-saxônica, ou de *Common Law*, não sendo este fator impeditivo para a aplicação em país de cultura romano-germânica, ou de *Civil Law*, como o Brasil. Ademais, analisar-se-á como se deu a assimilação dessa teoria em âmbito brasileiro, com ênfase transcurso legal experimentado pelos JEC's, assim como quais fatores se afiguram como obstáculos à sua implementação e possíveis medidas a serem adotadas para superação da “cultura da sentença” em *terrae brasilis*.

Imperioso advertir que é da própria natureza do Tribunal Multiportas o “socorro” ao Poder Judiciário em âmbito contencioso apenas quando as formas de resolução de conflitos adequadas (ou alternativas) sugeridas não conseguirem dar vazão satisfatória ao litígio. Dessa forma, não há, como regra, prejuízo da via jurisdicional, mas apenas estímulo à adoção de outros meios que, ao menos inicialmente, são reputados como mais idôneos do ponto de vista da verdadeira pacificação social.

Tal sistemática, à luz da experiência brasileira, visa conferir efetividade aos cânones estabelecidos na lei nº 9.099/1995, observados, por óbvio, os assuntos de competência dos JEC's. Em assim sendo, a pergunta que servirá de móbil para a pesquisa adiante assume a seguinte forma: quais são os possíveis óbices para a plena aplicabilidade dos preceitos estabelecidos pela lei dos JEC's, em especial os da celeridade processual e da efetiva resolução dos conflitos, pacificando o social?

Como hipótese, ponderar-se-á que há a necessidade de se compreender que a própria tradição jurídica brasileira de judicialização - a “cultura da sentença” (FERREIRA; GUANABARA; JORGE, 2011, p. 26) - por vezes inviabiliza a efetivação da doutrina em escopo, pois, por mais que perante a sociedade em geral e a classe advocatícia possa haver descrédito do Poder Judiciário com a morosidade processual, ainda assim os mecanismos alternativos de resolução de conflitos de interesses disponíveis não raro são preteridos.

Como se não bastasse isso, há ainda o sério risco que as decisões judiciais, para além de morosas e não resolutivas de conflitos, ainda não tragam consigo qualquer paralelo com os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, dado o recrudescimento do cognominado realismo jurídico. Consoante Ferreira, Guanabara e Jorge (2011, p. 85-86):

Tal como a jurisprudência sociológica, o realismo é fundamentalmente antiformalista. Os adeptos desse movimento tinham por principal objetivo desmistificar o processo de aplicação do direito positivo pelos juízes, tentando pensar “realisticamente” os problemas legais. Por “realisticamente” deve-se entender uma preocupação em pôr à prova os dogmas legais que “camuflavam” uma defasagem entre as formas prescritas de atuação, as justificativas declaradas, e os comportamentos que eram de fato adotados pelos juízes. Rejeitavam, por isso, qualquer especulação filosófica sobre o significado do direito, o que redundaria, segundo eles, em definições excessivamente *metafísicas*. O atributo “realista” significava, ainda, uma refutação da teoria oficial do *common law*, no que diz respeito, principalmente, ao dogma de não construção do direito pelo juiz. Este deveria, segundo entendimento doutrinário predominante, limitar-se a aplicar as regras preexistentes (os precedentes e os estatutos). Os realistas fazem naufragar essa doutrina, demonstrando que ela é impossível na prática, sendo necessário, portanto, abandonar as ficções doutrinárias e reconhecer abertamente o papel decisivo do juiz no funcionamento do sistema jurídico.

Nesse contexto ressaí como vital a adoção de postura proativa e negociadora dos profissionais da advocacia, preferindo a consensualidade à contenciosidade. Metodologicamente, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo; como método de procedimento, o monográfico; e como técnica de pesquisa, a bibliográfica. Em síntese, esse o panorama do estudo que ora se passa a descortinar.

## 1 DAS MÚLTIPLAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A DOUTRINA DO TRIBUNAL MULTIPORTAS

Em estudos históricos acerca da origem da sociedade civil e do Estado, em especial aqueles conduzidos por Locke, um dos autores conhecidos como “contratualistas”, demonstra-se que a ocorrência de conflitos sempre foi algo ínsito à convivência humana, sendo a força, na maioria das vezes, o meio empregado para solucioná-los.

Essa consciência da conflituosidade como algo ínsito à natureza humana conduziu a questionamentos acerca do modo como a sociedade tratou, ao longo do tempo, as formas de solução de tais conflitos. Locke (2019, p. 389) já registrava que, antes da existência do Estado, diante da ausência de uma autoridade constituída, tinha o homem o direito de punir o agressor de sua família ou de seus bens.

Todavia, ainda segundo Locke (2019, p. 496-499), essa mesma liberdade de repelir violentamente as agressões expunha o homem a atos de violência e violação por parte dos outros homens, que muitas vezes não observavam a justiça e a equidade na prática da autotutela. Essa realidade levou os homens a unirem-se em sociedade política, adotando normas que regulavam previamente as condutas e estabeleciam autoridades competentes dotadas de poder para aplicá-las, com vistas a tutelar a propriedade.

O ambiente no estado de natureza já era, obviamente, regulado por normas sociais, tanto que Locke (2019, p. 435) registra, por exemplo, a existência de autoridade dos pais sobre os filhos ou, até mesmo, a indisponibilidade do direito à vida (2019, p. 407). Estribando-se em Holmes

e Sunstein (2019, p. 194), tem-se que as normas sociais e as normas legais resolvem problemas similares por meios diferentes.

Quando aquelas funcionam bem, estas se fazem desnecessárias. Todavia, quando falham, é provável que a sociedade passe a reclamar por direitos, sendo esta a provável razão de haver-se migrado de um estado de natureza para um estado de direito, como, por exemplo, o direito de propriedade, alvo de ataques. A semelhante conclusão chega Vattel (2016, p. 30-32), ao afirmar que “a lei natural no estado de natureza não é ausente, mas também não é eficaz”. Assim, o dever ser da obrigação natural não pode ser efetivo se não se transformar no dever ser da obrigação civil.

Com a instituição do Estado, conferiu-se tal poder de ditar o direito, com o reforço do emprego da coercibilidade, ao Poder Judiciário. Mendes (2008, p. 100-101), em capítulo de sua obra que dedica à análise do pensamento de Jeremy Waldron acerca da legitimidade do legislador frente aos desacordos morais, registra que, na atuação do Poder Judiciário, o que interessa é quem decide (visão procedimental), e não o que decide (visão substancial), posto que os desacordos morais dos homens sempre existirão, ou seja, eles sempre divergirão acerca do bem e do mal.

As decisões judiciais são obrigatórias em razão de seu procedimento, e não de sua substância. Se assim não o fosse, haveria a possibilidade de se discordar do que fora decidido e descumprir a decisão, voltando-se ao estado de natureza. Tal pensamento funda-se em Hobbes (2018, p. 23), para quem o que interessava era defender a autoridade do poder soberano.

O Poder Judiciário, durante muito tempo, apresentou-se como única alternativa à solução de conflitos. Fato é, porém, que, no caso brasileiro, vive-se uma realidade em que o Poder Judiciário apresenta custos elevadíssimos e não tem se mostrado capaz de eficientemente fazer frente ao grande número de processos novos que, anualmente, aportam ao sistema de justiça e se somam aos que lá já se acumulam.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018), somente no ano de 2017 foram ajuizados 29,1 milhões de processos, sendo óbvio que tal quantitativo não corresponde ao número de relações conflituosas vivenciadas no país, haja vista que muitas delas não chegam a ser judicializadas. Watanabe (2018, p. 91) registra textualmente o fato de o Poder Judiciário brasileiro viver uma crise em termos de “morosidade, efetividade e adequação de suas soluções”.

Além de não dar conta de atender à demanda, não se pode fechar os olhos para o fato segundo o qual o método judicial de resolução de conflitos, segundo Entelman (2009, p. 26), “é uma técnica de prevenção e resolução de conflitos que recorre à violência”. Portanto, dadas as limitações estruturais e de tempo do Poder Judiciário para trabalhar o conflito em sua integralidade, é possível afirmar-se que em algumas oportunidades a sentença não pacifica a relação social, persistindo o conflito.

As técnicas de solução extrajudicial de conflitos surgem, portanto, como alternativa não só à excessiva quantidade de processos e ao elevado custo da estrutura judiciária, mas, principalmente, como mecanismos que se têm mostrado eficientes na resolução de conflitos. Nesta perspectiva foi que se desenvolveu o conceito de “Tribunal Multiportas”, criado por Goldberg *et al.* (2017, p. 236) e que, originariamente, denominava-se “centro abrangente de justiça” (GOLDBERG *et al.*, 2017,

p. 235).

Consoante se depreende de referido autor, em entrevista concedida a Mariana Hernandez Crespo na obra de Almeida, Almeida e Crespo (2012, p. 32), o nome “Tribunal Multiportas” surgiu após uma matéria de capa de uma das revistas da ABA (American Bar Association - Ordem dos Advogados dos Estados Unidos), que retratava uma grande quantidade de portas para representar sua teoria.

A teoria de Goldberg *et al.* (2017, p. 248) baseia-se na ideia de estudar as várias formas de resolução de conflitos, dentre eles a mediação, arbitragem, negociação e med-arb (combinação entre mediação e arbitragem), a fim de classificá-las e ser capaz de indicar quais seriam adequadas para determinados tipos de conflitos.

Miranda Netto e Leal (2015, p. 9) exprimem opinião que sintetiza bem a ideia do conceito de Tribunal Multiportas, ao afirmarem:

Os diversos métodos de resolução de conflitos existentes não estão postos para concorrerem entre si, mas, na realidade, para fazer frente à necessidade de se multiplicarem as vias de acesso à justiça, de forma a conferir a cada tipo de conflito a solução mais adequada, haja vista a convicção de que o Poder Judiciário não pode dar conta de qualquer problema.

Com base no pensamento desses autores, infere-se que “com a ideia de Tribunal Multiportas, o Poder Judiciário deve passar necessariamente por uma reformulação que redefine suas atribuições, adotando a ideia de “um novo aspecto da substitutividade, que revela qual é a maneira mais adequada de condução daquele conflito” (MIRANDA NETTO; LEAL, 2015, p. 10). Parte-se, portanto, para a necessidade de se diferenciar o acesso à justiça do acesso ao Poder Judiciário, estando este, na realidade, contido naquele.

O Poder Judiciário, ainda segundo Miranda Netto e Leal (2015, p. 14), vivencia uma crise em virtude do “excesso de demanda que o próprio Judiciário criou para si em seu caminho de multiplicação de portas, em que, ao invés de se utilizar de sua posição de destaque para promover o acesso a outras instâncias de tratamento de conflitos, optou-se pela centralização das atividades”.

Com base nisso afirmam Holmes e Sunstein (2019, p. 31) que “a tutela de direitos, independentemente de sua geração, exige do Estado o dispêndio de vultosas somas, a fim de fazer frente às despesas necessárias à atuação do Poder Judiciário”. Todavia, dada a escassez de recursos caracterizadora da Economia, inexistem fundos disponíveis para fazer frente a todas as despesas necessárias a uma efetiva atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual os meios alternativos de solução de conflitos surgem como oportunidades de efetivarem-se direitos a baixos ou, pelo menos, menores custos do que aqueles demandados por um processo judicial.

Compreendendo este novo viés de acesso à justiça, o Conselho Nacional de Justiça do Poder Judiciário brasileiro acolheu o conceito de “Tribunal Multiportas” através de sua Resolução nº 125/2010, que, reformada em 2013, instituiu “a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”, prevista nos seguintes termos (CNJ, 2010):

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Impende ressaltar que a adoção da doutrina do “Tribunal Multiportas” não importa em um enfraquecimento ou desmerecimento do Poder Judiciário, mas em verdade subsiste como uma das portas adequadas à solução de conflitos. É natural que nem todos os conflitos possam ser solucionados por intermédio de um dos demais mecanismos de soluções de controvérsias, devendo a via judicial, portanto, subsistir como alternativa.

## **2 OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E AS FUNÇÕES DO DIREITO, À LUZ DA DOUTRINA MULTIPORTAS**

Dentro do panorama da solução judicial dos conflitos, concebida esta enquanto uma das portas acessíveis, identificou-se a existência de determinadas espécies de conflitos cuja busca de solução judicial restava prejudicada em uma perspectiva do sistema comum de justiça.

Nesse sentido o acesso à justiça é considerado um “direito social básico nas modernas sociedades” (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 18); porém, deve-se buscar a sua efetividade. Em um plano abstrato, a efetividade perfeita poderia ser entendida como uma “igualdade de armas”, em que ambos os litigantes dispusessem dos mesmos mecanismos, e a conclusão final do processo, nesse caso, dependeria apenas do mérito jurídico. Existem, porém, alguns obstáculos a serem superados, dos quais podem ser elencados as custas judiciais, as possibilidades das partes e os problemas especiais dos interesses difusos.

Ainda segundo os referidos autores, dentro da problemática das custas judiciais, de um modo geral, podem-se extrair três óbices a serem superados pelos litigantes: “o valor em si das custas, o problema relacionado às causas de pequeno valor e o tempo de duração dos processos, fator de desestímulo para os litigantes, que os acaba incentivando a fazerem acordo por valores inferiores ao que teriam direito” (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 20).

Os Juizados Especiais, em seu perfil institucional, englobam esses três elementos dificultadores, ressaindo como órgão judicial que os tencionava superar. Fato é que, na estrutura pátria do Poder Judiciário, surgiram inicialmente os Juizados de Pequenas Causas, regulados pela Lei nº 7.244/84, e que possuíam sua competência estabelecida no artigo 3º de referida norma, a seguir transcrito (BRASIL, 1984):

Art. 3º - Consideram-se causas de reduzido valor econômico as que versem

sobre direitos patrimoniais e decorram de pedido que, à data do ajuizamento, não exceda a 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País e tenha por objeto:

I - a condenação em dinheiro;

II - a condenação à entrega de coisa certa móvel ou ao cumprimento de obrigação de fazer, a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços para consumo;

III - a desconstituição e a declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes.

§ 1º - Esta Lei não se aplica às causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, nem às relativas a acidentes do trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

§ 2º - A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

Os Juizados de Pequenas Causas, porém, foram em pouco tempo substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os quais, no âmbito cível, tiveram sua competência ampliada, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995):

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados;

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

§ 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação.

O surgimento de tais unidades jurisdicionais deu-se com o objetivo de conferir mais uma opção de mecanismo de solução de litígios. Vários aspectos da Lei nº 9.099/95 ressaltam a adoção por tal norma do conceito de Tribunal Multiportas, exemplificativamente em seus artigos 1º, 2º e 9º, que seguem (BRASIL, 1995):

Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível,

a conciliação ou a transação.

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais possuem um viés de atuação voltado para a conciliação, muito embora não deixem de lado a solução jurisdicional dos litígios, caso essa se afigure como necessária. Ademais, possuem regras que se coadunam com o tipo de demanda a que se destinam, pautando-se por critérios que simplificam e desburocratizam o trâmite processual, inclusive dispensando em determinadas hipóteses a presença de advogado, a fim de tornar menos oneroso do ponto de vista econômico o litígio para os envolvidos.

Inferre-se de Cappelletti e Garth (2015, p. 107) que uma das características dos Juizados Especiais Cíveis, tendente a garantir um maior acesso à justiça, é a possibilidade de o juiz atuar mais ativamente na condução do processo, especialmente na formação da prova, a fim de equilibrar as partes, principalmente aquelas desassistidas de advogados. A Lei 9.099/95 resguarda essa atuação mais ativa quando, em seu artigo 5º, dispõe que “o Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” (BRASIL, 1995).

A partir da legislação que rege os Juizados Especiais Cíveis, podem-se elencar algumas previsões normativas que trouxeram maior acessibilidade à justiça, como, por exemplo:

- a) a possibilidade de prática de atos processuais à noite (art. 12);
- b) redução de formalidades, como a possibilidade de registro do pedido independentemente de distribuição e autuação (art. 16) e a possibilidade de instauração imediata da sessão de conciliação, dispensados o registro prévio do pedido e a citação, caso compareçam inicialmente as partes (art. 17);
- c) a possibilidade de conversão do procedimento judicial em arbitragem (art. 24).

O Direito, como regulador social que é, há que desempenhar a função de fomentador do bem comum na sociedade, entendendo-se o bem comum como a compatibilização entre os interesses individuais conflitantes, e entre os individuais e coletivos, que também carreguem consigo o traço da divergência.

Tais conflitos - absolutamente naturais na vida em sociedade - podem ser de cooperação e de concorrência, sendo a natureza da atividade o aspecto determinante da inserção em um ou em outro tipo. Os primeiros - conflitos de cooperação - são oriundos de uma relação social que em sua gênese possui uma convergência de interesses como, *verbi gratia*, comprador e vendedor. Os segundos - conflitos de concorrência - a seu turno, decorrem de relações que já em seu início trazem como apanágio uma divergência, não necessariamente de cunho beligerante, como, por exemplo, dois comerciantes do mesmo ramo de atividade.

Dessa forma, têm-se atividades de cooperação e concorrência, nas quais podem ocorrer conflitos de interesses. Nesse sentido, tem-se que

O conflito se faz presente a partir do impasse quando os interesses envolvidos não logram solução pelo diálogo, e as partes recorrem à luta, moral ou física, ou buscam a mediação da justiça. Podemos defini-lo como oposição de interesses, entre pessoas ou grupos, não conciliados pelas normas sociais (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 38).

Nesse diapasão, surge a necessidade de pôr fim ao conflito; em um estado ideal, é preferível que este sequer se instaure, sendo reprimido antes mesmo de principiar. Eis aqui esboçadas, respectivamente, as funções compositiva e preventiva do Direito.

A função precípua do Direito é a de se antecipar à pretensão resistida - a lide - tentando evitar sua ocorrência (função preventiva), pois que o litígio originado pelo conflito possui como corolário o desequilíbrio das relações sociais e, por óbvio, o comprometimento do atingimento e manutenção da pacificação social.

No entanto, em razão da própria contingência caracterizadora do fenômeno jurídico - a deontologia - ressaí que o Direito deixa aos indivíduos a liberdade de seguirem ou não os seus preceitos. Todavia, caso haja a transgressão, surge a possibilidade de uma reprimenda jurídica. Origina-se propriamente o conflito, que reclama solução, dada a ojeriza da sociedade à continuidade dessa situação de desarmonia. Eis aqui a secundária, mas igualmente importante função do Direito, a saber, a compositiva, que deve ser utilizada de maneira fragmentária.

Atente-se para o fato que a função compositiva não consiste em fazer o conflito não mais existir no meio social, pois sempre haverá quem transgrida as normas de conduta: deflagrado o conflito, cumpre sopesar os interesses antagônicos e determinar qual deve prevalecer e qual deve ser reprimido, ainda que apenas para as circunstâncias daquele caso concreto específico.

Imperioso, nesse instante, abordar os principais critérios de composição de conflitos, a saber, o da composição voluntária (ou por autonomia da vontade das partes), o autoritário e o da composição jurídica.

O critério da composição voluntária é verdadeira inclinação mundial, inclusive fomentado pelo próprio Poder Judiciário, vez que reduz a carga de trabalho deste, sendo, como regra, mais célere e eficaz. Como exemplos legislativos no Brasil observe-se os artigos 21 a 26 da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995):

Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Art. 23. Não comparecendo o demandado, o Juiz togado proferirá sentença.

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo

juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

Observe-se que a própria legislação induz o jurisdicionado a aderir a este mecanismo alternativo - ou adequado - de resolução de conflitos, ao asseverar que “o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio”, o que, segundo nossa percepção, afigura-se como a opção mais acertada.

O critério autoritário, a seu turno, é apanágio de sociedades primitivas, embora possa-se ainda hodiernamente verificarem-se resquícios, mormente no meio familiar. Neste critério incumbe à autoridade do grupo social a prerrogativa de restaurar a ordem transgredida. Em regra, o chefe do grupo emprega sua própria perspectiva de justiça, logo, de foro íntimo, para decidir sobre o conflito de interesses.

O critério de composição jurídica alberga o princípio da substitutividade, sendo aquele pautado por parâmetros elaborados pública e previamente. Seus elementos caracterizadores são, pois, a anterioridade, vez que o critério antecede o próprio conflito, dado que a lei, genérica tende a adquirir aplicabilidade a partir do instante em que o fato social se amolde às prescrições desta; a publicidade, em razão que a todos deve ser possibilitado o conhecimento dos parâmetros antes de sua aplicação e, finalmente, a universalidade ou generalidade, pois não podem ser engendrados para dada situação particular, mas sim para todos os homogêneos casos que se adequarem ao disposto em lei.

Nessa toada, o caráter multiportas dos JEC's se mostra como medida que, embora compositiva de conflitos, confere maior autonomia entre os litigantes para transigirem, vez que não será composição jurídica no sentido mais estrito do vocábulo, tendendo, dessa forma, a ser mais efetivo, em função de se afigurar como o menos beligerante.

### **3 O PERFIL EXIGIDO DA ADVOCACIA ANTE A REALIDADE DOS MECANISMOS DE DESJUDICIALIZAÇÃO**

Caminhando ao encontro dessa realidade de desjudicialização, os pretórios brasileiros vêm consagrando a expressão “advogado do futuro”, para se referir ao profissional que pugna por evitar a demanda, ao invés de instigar sua proposição. Possui, pois, predileção por medidas extrajudiciais de resolução de conflitos, sendo muito mais um mediador de conflitos que propriamente um incitador destes, e desta forma pavimentando a rota para que o Direito efetive sua principal razão: a consecução e manutenção da paz social.

Tais mecanismos adequados de resolução de conflitos, segundo o alcance da expressão neste ensaio adotado, é caminho que, se não irreversível, é, ao menos, de bastante difícil volta, e isso traz como desdobramento natural impactos na atividade advocatícia, que necessitará adaptar-se a tal realidade. A própria natureza multiportas dos JEC's os compele a romper com o perfil conservador - e belicoso - que norteou e norteia a mentalidade de expressiva parcela dos advogados "produzidos" em *terrae brasilis*, impulsionada pela formação tradicional das academias pátrias, igualmente carentes de passar por essa filtragem, pois, caso contrário, tenderão - o ensino jurídico brasileiro e o advogado em si - a pavimentar o caminho para o ostracismo intelectual e profissional.

Até para ilustrar este perfil que se exige da advocacia nesse contexto, com o propósito de verificar a aplicabilidade, em termos práticos, dos JEC's como Tribunal Multiportas no Brasil, trazemos a análise de um *case* hipotético, que poderia ser solucionado por meio de mecanismos alternativos ao Judiciário.

Inicialmente, há que se atentar para a competência dos JEC's, estabelecida no art. 3º, inciso IV, da Lei 9.099/95 e já transcrito acima, que traz sua atribuição para julgar "as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo" (BRASIL, 1995).

Especificamente sobre o inciso IV (ações possessórias), versará o caso hipotético proposto tendo por objetivo findar conflitos de interesses oriundos de direitos de vizinhança, pois que se tratam de direitos transacionáveis, além do fato de poucas relações sociais a esta fazerem frente quando o assunto é beligerância. Essa a razão pela qual se escolheu esta exemplificação. Não nos referimos aqui apenas aos casos de vicinalidade absoluta, mas a todas as situações que, em razão da proximidade, possam fazer surgirem exigibilidades garantidas.

Delimitando, analisar-se-á a figura do interdito proibitório como postulante a resolver situação de uso anormal da propriedade, sua possível impotência para tal, e como a figura dos JEC's como Tribunal Multiportas poderia equacionar a problemática. Imagine-se a seguinte situação hipotética:

*João da Silva, possuidor de apartamento vizinho ao de Antônio Oliveira, aprecia ouvir músicas que, segundo este, além de serem de muito mau gosto, incomodam pelo elevado volume, pois, segundo lhe parece, excedem o que seria razoável, assim como o horário, segundo seu juízo, mostra-se demasiado impertinente. Antônio tentou resolver a situação amistosamente por algumas vezes, mas sem êxito, em razão da recalcitrância de João. Dessa forma, Antônio 'perdeu a paciência' e ameaçou destruir o aparelho de som e o próprio imóvel pertencentes a João. Assim, João tenciona ingressar junto ao JEC (Lei 9.099/95, art. 3º, "IV" e "I") com a ação de interdito proibitório, para solucionar o problema."*

Primeiramente, a resolução pela via tradicional, judicial, a partir do interdito proibitório. Esta ação é espécie do gênero interditos possessórios, ao lado da reintegração de posse e da manutenção de posse. Tem aquele caráter preventivo de defesa da posse, incidindo quando há ameaça a esta (não se confundindo com o exercício regular de direito), ou seja, não houve ainda ato material agressor, mas promessa de agressão idônea a gerar justo receio no possuidor ameaçado que a turbação ou esbulho venham de fato a ocorrer.

Como dispositivos aplicáveis ao caso veja-se os artigos 1.210 e 1.277 do Código Civil, que seguem abaixo (BRASIL, 2002, grifo nosso):

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Esse o panorama doutrinário e legal do instituto que, como regra, acaba por ser o mais utilizado em situações deste jaez.

Agora os JEC's como Tribunal Multiportas para resolver a mesma situação. Chegando este caso no JEC, este encaminha para o CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania), que é uma unidade do Poder Judiciário especializada em atendimento ao público para a solução consensual de conflitos e orientação nas matérias relativas à cidadania. O atendimento é feito por mediadores e conciliadores capacitados e registrados no NUPEMEC (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos), vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado.

Tal encaminhamento ao CEJUSC intenta fazer com que os litigantes cheguem a um denominador comum, por meio de concessões recíprocas, rumo à efetivação da pacificação social. Os conflitos envolvendo direitos de vizinhança são bastante propícios a serem solucionados extrajudicialmente, vez que os vizinhos não necessariamente teriam no Poder Judiciário uma solução satisfatória, pois, mesmo este possuindo a legitimidade para julgar (a substitutividade), pode eventualmente não pacificar a desavença. Ao revés, muitas vezes apenas acirra a animosidade entre os envolvidos, haja vista que nem sempre o final de um processo vai importar no final do conflito, pois ninguém melhor que as próprias partes envolvidas na situação concreta para saberem o que será melhor para ambas.

## CONCLUSÃO

À luz do exposto, percebeu-se que a substitutividade conferida ao Poder Judiciário, vale dizer, conceber esta função estatal como protagonista na resolução de conflitos de interesses, foi, durante séculos, o principal (se não o único) meio de solução de conflitos, empregando-se, pois, o comando judicial como a solução para as lides que ao mesmo chegavam.

É fato, todavia, que a pacificação social nem sempre é alcançada através da solução judicialmente proposta, posto que a ausência de efetiva participação dos litigantes na sua construção faz com que, muitas vezes, estes não se sintam pessoalmente obrigados a cumpri-la, ensejando o emprego de violência para o seu cumprimento forçado.

Noutros termos, verificou-se que o provimento jurisdicional até pode pôr fim ao processo; no entanto, mostrou-se impotente para promover a pacificação social, não raro fomentando o clima de beligerância entre as partes. Não bastasse isso, a própria demora na resposta do Poder Judiciário fortalece essa situação, além de inviabilizar preceito de envergadura constitucional, qual seja, o da duração razoável do processo.

A doutrina do Tribunal Multiportas chama a atenção para tal circunstância, instando os principais atores do litígio (partes, advogados e juízes) a buscarem a solução pela via mais adequada à sua natureza, pois, reitere-se, que ninguém possui mais idoneidade para definir qual a decisão mais acertada a tomar para a pacificação que as próprias partes, por meio de concessões recíprocas. E isso em menor tempo e com menos desgastes emocionais e financeiros.

Essa nova perspectiva de resolução do litígio foi adotada pelo Poder Judiciário pátrio, através de Resolução do Conselho Nacional de Justiça - CNJ -, e o Juizado Especial Cível, antes mesmo da referida normatização infralegal, que já atendia aos requisitos necessários para ser considerado, sem sombra de dúvidas, uma destas portas, dotando as partes e o juízo de mecanismos tendentes à construção conjunta da solução do conflito e, por isso mesmo, mais efetivas do ponto de vista material - ou “resolver realmente” o problema -, dentro de um lapso temporal razoável.

Nesse contexto, a mudança de postura da advocacia, privilegiando a desjudicialização, assume posição central para a efetivação da pacificação social e da duração razoável do processo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/17244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17244.htm). Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 17 abr. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2018.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf). Acesso em: 20 nov. 2018.

ENTELMAN, Remo. **Teoría de conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Editorial Gedisa, 2009.

FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (org.). **Curso de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph. **Dispute resolution**: negotiation, mediation and other processes. 7. ed. Aspen: Wolters Kluwer, 2017.

HOBBS, Thomas. **The elements of law**: natural and politic. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros**. Petrópolis: Vozes, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stela Tannure. Tribunal multiportas e crises de identidade: o Judiciário como alternativa a si mesmo? In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo dos (coord.). **Formas consensuais de solução de conflitos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 5-33.

VATTEL, EMMERICH DE. **DERECHO DE GENTES, O PRINCIPIOS DE LA LEY NATURAL APLICADOS A LA CONDUCTA E INTERESES DE LAS NACIONES E DE LOS PRÍNCIPES**. NEW YORK: MOML PRINT EDITIONS, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

**Como citar:** SILVA, Diego Sabóia e; PONTES, David Gomes. A doutrina do tribunal multiportas e sua aplicabilidade nos juizados especiais cíveis do Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 39-54, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p39. ISSN 2178-8189.

Recebido em: 09/09/2019

Aprovado em: 20/02/2020

**PROBLEMATIZANDO O CONCEITO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL: IMPLICAÇÕES DE UMA LEITURA MULTIDISCIPLINAR**

REFLECTING ON CORPORATE SOCIAL RESPONSABILITY:  
IMPLICATIONS OF A MULTIDISCIPLINARY READING

**Ricardo Lebbos Favoreto\***

**Arnaldo José França Mazzei Nogueira\*\***

**Clodomiro José Bannwart Júnior\*\***

\*Doutor em Administração pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Mestre em Administração pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Administração pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Email: ricardo.favoreto@hotmail.com

\*\*Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Mestre em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Graduado em Administração de Empresas pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP). Email: ajnogueira@usp.br

\*\*\*Doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Claretianos (CLRT). Especialista em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Faculdade Pitágoras de Londrina (FPL). Graduado em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina. Email: cbannwart@hotmail.com

**Como Citar:** NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. BANWWART JÚNIOR, Clodomiro José. FAVORETO, Ricardo Lebbos. Problematizando o conceito de responsabilidade social empresarial: implicações de uma leitura multidisciplinar. *Scientia Iuris*. Londrina, v.24, n.1, p. 55-77, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p55. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** A responsabilidade social empresarial (RSE), em décadas recentes, ganhou amplo espaço na pesquisa acadêmica e na prática gerencial. Apesar de estar em evidência, seu conceito ainda suscita dúvidas. De que realmente se trata a RSE? Como se relacionam as partes envolvidas? Sujeita-se a ideia que representa a algum tipo de controle? Com a difusão da RSE, o conceito anuviou-se, adquirindo sentidos diversos, conforme as resultantes dos propósitos em questão. Visando-se compreendê-lo melhor, procede-se neste artigo a uma leitura multidisciplinar da RSE. Utiliza-se, para tanto, de aportes da Administração, do Direito e da Filosofia, com enfoque no pensamento habermasiano. A Teoria da Ação Comunicativa de Habermas possibilita que se direcione à RSE uma visão crítica, extensora das acepções que a ela usualmente se atribuem. Trata-se de pesquisa teórica, cujo objetivo é discutir a RSE reflexivamente e por ângulos variados. Aponta-se para a necessidade de investir na inteligibilidade conceitual da RSE.

**Palavras-chave:** Responsabilidade social empresarial. Gestão empresarial. Direito. Habermas. Teoria da ação comunicativa.

**Abstract:** In recent decades, corporate social responsibility (CSR) has gained headway in academic research and managerial practice. Although CSR has become notorious, its concept still raises doubts. What is CSR really about? How do the parties involved in CSR relate? Is the concept of CSR influenced by any kind of control? With the spread of CSR, its concept became unclear, attracting different meanings that emerged as the results of the forces involved. In order to better understand the concept,

this article presents a multidisciplinary reading of CSR. For this purpose, the contributions of three areas of knowledge are used: Business, Law and Philosophy, focusing on Habermasian thought. Habermas' Theory of Communicative Action makes it possible to take a critical view on CSR, extending its traditional meaning. This essay faces some important questions that surrounds CSR and brings attention to the necessity of consciously improve its concept.

**Keywords:** Corporate social responsibility. Business management. Law. Habermas. Theory of communicative action.

## INTRODUÇÃO

A RSE é um assunto francamente atual, que, em décadas recentes, ganhou amplo espaço na pesquisa acadêmica e na prática gerencial. Inicialmente ligada ao altruísmo, a RSE tem-se tornado, cada vez mais, um mecanismo utilizado pelas organizações para a consecução de vantagem competitiva. Já há algum tempo, pesquisas demonstram haver uma relação positiva entre desempenho social e desempenho financeiro (e.g., BELKAOUI, 1976). Indicativos contrários tampouco constituem novidade (e.g., DAVIDSON; WORRELL, 1988). A busca pelo estabelecimento de relações, sejam elas quais forem, é procedida, geralmente, por um carril instrumental. A RSE definitivamente ingressou na ordem do dia das organizações como matéria estratégica.

Como muitos dos fenômenos da gestão, a RSE é também apreciável pelo Direito, tanto do ponto de vista filosófico quanto do legal. Do primeiro porque a RSE deriva diretamente de valores éticos e princípios morais; do segundo porque a ação de RSE tornou-se fato jurídico relevante, que, dada a grandeza dos seus efeitos no mundo, convém regular juridicamente. Com frequência, a RSE compartilha espaço com questões de direitos humanos (e.g., GIULIANI, 2016), direito do consumidor (e.g., IDEC, 2011), direito ambiental (e.g., AARONSON, 2005). A imprecisão conceitual que envolve o fenômeno pode, no entanto, inviabilizar que, na ordem jurídica, se qualifique com clareza um ato como responsável do ponto de vista social. A aproximação entre RSE e Direito é feita, assim, sempre sob o risco de se gerarem resultados estéreis. O Direito não apreende o conceito na sua integralidade.

Visando-se ampliar a compreensão do conceito, propõe-se neste artigo uma leitura multidisciplinar da RSE, com o subsídio de três áreas do conhecimento: a Administração, o Direito e a Filosofia, com enfoque no pensamento de Jürgen Habermas. Trata-se de pesquisa exploratória, conduzida por intermédio de levantamento bibliográfico. Nas duas primeiras seções, aborda-se a RSE, respectivamente, na Administração e no ordenamento jurídico brasileiro. Na seção subsequente acresce-se à leitura um viés alternativo, mediante o aporte da Teoria da Ação Comunicativa (TAC) de Habermas. Extraem-se dela duas categorias de ações, a comunicativa e a estratégica, a partir das quais se empreende uma releitura crítica do conceito de RSE.

### 1 RSE: DE CONTRAPESO A FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL

Conquanto não se possa desprezar o influxo do indivíduo sobre as resultantes institucionais (ver, por exemplo, Chin, Hambrick, e Treviño (2013), sobre a influência dos valores dos CEOs nas práticas de RSE), cumpre sublinhar que, quando se tem em pauta a RSE, a unidade analítica focalizada não é, como no campo da ética, o indivíduo, mas a organização. A ética em questão é o apólogo que se convencionou denominar ética organizacional. Basicamente, o que possibilita falar em tal ética é a personificação da organização, em decorrência de que, qual o indivíduo, a organização é avaliada socialmente por sua conduta, sendo atribuídos aos seus atos, comunitariamente, juízos

de valor. Ao modo da evolução da responsabilidade individual, a responsabilidade corporativa tem transcendido as fronteiras organizacionais espaço-temporais tradicionais, para abranger atividades posicionadas ao longo da cadeia de valor e mesmo decisões tomadas por gerações passadas de gestores (SCHREMPF-STIRLING; PALAZZO; PHILLIPS, 2016).

Nasce a RSE como contrapeso ao imenso poder concentrado pelas organizações, crescente desde a Revolução Industrial. O incômodo por conta dessa concentração foi disseminado por eventos marcantes, como a publicação do internacionalmente propalado “When corporations rule the world”, de David Korten (1995).

O foco crítico da discussão sobre RSE não é hoje, no entanto, o mesmo de algumas décadas atrás. Se o desafio era, inicialmente, inculcar na sociedade a ideia de um dever ético das organizações que sobrepusesse o cumprimento do objeto social, hoje, com a consolidação da RSE como instrumento de gestão estratégica, o desafio amplificou-se. Tornou-se menos pragmático e mais reflexivo, até porque os casos de RSE respaldam a ideologia de mercado justo, que tende a justificar o mesmo sistema no qual se manifestaram os problemas que tornaram a RSE necessária, a economia de mercado (HAFENBRÄDL; WAEGER, 2017). Tinha-se por objetivo uma mudança de mentalidade, o que ocorreu. Agora, não se sabe se podemos confiar nos parâmetros instituídos, uma vez que, constituindo-se como meio para a obtenção de vantagem competitiva, a RSE passa a ser concebida como variável da qual depende o êxito e, enquanto tal, deve ser controlada.

Seu próprio conceito é alvo de manejo pelas organizações. Aquilo que comunitariamente se entende por RSE orienta aquilo que se entrega como RSE. Interessa às organizações, assim, conformar o conceito de modo que, sendo passível de alinhamento estratégico, lhes seja instrumentalmente útil. Por consequência, estabelecendo-se a RSE em ambiente competitivo, nela se radica, inevitavelmente, a função excludente. Isso significa que o compartilhamento orientado do seu conceito acarreta vantagem de umas organizações sobre outras, prevalecendo aquelas que conseguem legitimação social.

Não raro, principalmente quando se trata de grandes corporações, a legitimidade não é produto de um ricochete passivo às pressões do ambiente. Distintamente, é resultado calculado, que, num movimento de trás para frente, serve de base para a coordenação de esforços cuja finalidade é o delineamento inteligente (do ponto de vista da empresa) do conceito de RSE. Mais que entendimento, o que interessa é a percepção. Como a comunidade percebe a RSE? É a percepção que direciona o juízo, muitas vezes prescindindo-se da clareza intelectual demandada. Campanhas publicitárias vertiginosas não explicam a RSE; apenas fazem que o conceito seja formado a partir da percepção. A empresa busca atender a uma expectativa de comportamento social, colhendo, com essa atitude, reconhecimento público como forma, por exemplo, consoante relatado em Mun e Jung (2018), de alinhar-se com as exigências de investidores institucionais globais.

O dilema mais notório em torno do conceito de RSE não é recente. Foi estabelecido, de um lado, por ideias que restringem a responsabilidade organizacional ao cumprimento das finalidades do objeto social e, de outro, por ideias que a estendem para além da execução dessas finalidades. O popular artigo de Milton Friedman evidencia a medida dessa distensão, e não é

preciso mais que o título para captá-la: “A responsabilidade social de um negócio é aumentar seus lucros” (FRIEDMAN, 1970). Enquanto se digeriam suas reverberações, Keith Davis elencava, em seu também conhecido artigo, ideias bastante distintas – como a necessidade de se considerarem os custos sociais da atividade empresarial – que, já à época, pareciam atrair a convergência de um número expressivo de partes ligadas ao tema (DAVIS, 1975).

Da década de 1970 em diante, algumas ambiguidades foram esvaziadas, mas, com a crescente complexidade a envolver a questão, outras surgiram. Na década de 1980, a popularização da teoria dos *stakeholders*, movida, entre outras causas, pela publicação, em 1984, do clássico “*Strategic Management: a Stakeholder Approach*”, de Freeman, reforçou o interesse pela RSE. A teoria dos *stakeholders* colocou a RSE na mira da ação estratégica. Seu princípio postula que a atuação organizacional deve levar em conta as demandas dos *stakeholders*. Esses se constituem por “qualquer grupo ou pessoa cujos interesses podem afetar ou ser afetados pela realização dos objetivos da organização” (FREEMAN, 1984, p. 46). A teoria expandiu, assim, os limites do próprio conceito de organização, ao assumir que a organização não existe para satisfazer apenas aos seus proprietários, mas às partes que, de alguma forma, com ela se relacionam.

Correntemente, à RSE têm-se agregado vias sortidas. Abordagens ligadas, por exemplo, à filantropia (e.g., CAMPBELL; MOORE; METZGER, 2002), cidadania corporativa (e.g., SISON, 2011), performance (e.g., CARROLL, 1979) delinearão de forma bastante plástica o campo teórico em questão. Tal permissividade dificultou fixar no termo uma definição. Isso, se por um lado, permitiu que sua construção conceitual se constituísse de modo participativo, por outro, mitigou seu lastro, tornando-o demasiadamente suscetível aos modelamentos que lhe impingiram as organizações. Na Administração, fizeram-se comuns questões como as encontradas em McWilliams e Siegel (2001, p. 117): “empresas socialmente responsáveis superam ou não outras empresas que não se adequam aos mesmos critérios sociais?” e “quanto uma empresa deve gastar em RSE?”.

Agora, a despeito das variações, parece que, tradicionalmente, a concepção de RSE disseminou-se seguindo algumas ideias-chave. O modelo proposto por Carroll (1979), um dos mais conhecidos do campo, serve de exemplo. Propõe-se, de antemão, que uma definição de RSE que contemple todas as obrigações que uma empresa tem para com a sociedade deve incorporar quatro categorias de desempenho: econômica, legal, ética e discricionária. A figura representativa do modelo o autor denomina “responsabilidades sociais totais”.

Da noção tradicional de RSE, da qual o modelo é mostra, pelo menos três pontos chamam atenção. Primeiro, que o conceito de RSE constitui-se no contexto economicista contemporâneo, seu elemento econômico sobressaindo entre os demais. Depois, que, embora tenha surgido com a finalidade explícita de contrapesar o poderio desenvolvido pelas organizações, a RSE não se constituiu como antinomia à situação vigente, mas, antes, como instrumento de exercício estratégico para a intensificação do poder empresarial. A soberania corporativa, assim, não mais é exercida arbitrariamente, mas por intermédio de um instrumento, a RSE, cuja ideação é influenciada pelas empresas. Chega-se aí ao terceiro ponto. Na medida em que se imprime no conceito de RSE a

conotação de “algo além”, ou seja, que se convencionou ser a RSE algo ligado a afazeres extras, cria-se um espaço conceitual elástico, editável por quem dele puder se apropriar.

Não soa estranho nomear responsabilidade aquilo que, mesmo na presença de pressão social, carecendo de clareza, é deixado ao julgamento e à escolha discricionais? É como Carroll (1979) se refere à categoria de responsabilidades qualificadas como discricionárias. Não um contrapeso, mas um mecanismo de tonificação empresarial é o que talvez a RSE tenha-se tornado. O “algo além” pode não ter sido uma conquista social, mas um passe-livre para que, em contrapartida às demandas sociais por elas mesmas criadas ou influenciadas, as organizações se justificassem de acordo com o que lhes convém. Em boa medida, para retirar o caráter subjetivista que a empresa empresta à RSE, é fundamental que a própria empresa seja compreendida no arcabouço mais amplo de uma teoria da sociedade, acrescido de estruturas legais que o plano internacional impõe. Vale lembrar que a transnacionalização dos negócios tem evidenciado o esmaecimento do poder regulatório dos Estados e a consequente emergência de lacunas normativas (WAGNER; SEELE, 2017).

Duas questões ajudam a entender esse efeito: que ator hoje poderia ocupar o papel da empresa na condução dos programas sociais em vigor? *Coeteris paribus*, são esses programas indispensáveis à sociedade? Se as respostas forem, respectivamente, “não sabemos” e “sim”, já se pode ter ideia do poder que a RSE conferiu às empresas, o mesmo que frequentemente se acha que delas se retirou.

## 2 A RSE POSTA SOB A PERSPECTIVA LEGAL BRASILEIRA

A solidariedade é um valor estimulado pela ordem jurídica brasileira. Na Constituição Federal, a liberdade de atuação econômica é contrabalançada com o direcionamento imposto às suas resultantes. Já no Art. 3º, que, entre os dispositivos iniciais, fornece os parâmetros basilares para a exegese do texto constitucional, estipula-se como objetivo fundamental da República “construir uma sociedade justa, livre e solidária” (BRASIL, 1988). No Art. 170, que elenca os princípios gerais da atividade econômica (BRASIL, 1988), encontram-se entre eles alguns que, recorrentemente, são transformados em escopo de programas de RSE, forma sistematizada de que as empresas se valem para consubstanciar o valor solidariedade.

Os princípios norteadores de dado âmbito da ordem jurídica (no caso, o econômico) devem ser interpretados sistemicamente. Cada um é parte de um conjunto em função do qual se granjeiam seus sentidos particulares. Juridicamente, sob essa ótica, o responsável não é qualidade que se deva atribuir em virtude do desempenho de um ou outro programa, mas em contrapartida à observância ampla dos princípios constitucionais. Inteiram o rol do Art. 170: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (BRASIL, 1988).

A despeito de ter-se edificado a RSE sobre parâmetros instituídos preponderantemente no plano do mercado, qualquer ação que se pretenda responsável, praticada sob abrigo do

ordenamento brasileiro, submete-se, necessariamente, aos seus preceitos jurídicos. A evolução histórica do conceito de RSE, por via diversa, aponta para um hipotético descolamento do campo legal. É comum, em *frameworks* disseminados (como o contido no já citado Carroll (1979)), que as responsabilidades legais sejam consideradas apenas parte da RSE.

Subjaz a essa ideia a concepção de que a responsabilidade não é de todo alcançada pelo Direito, ou seja, a atuação empresarial pode encontrar-se um passo à frente da ordem jurídica, distendendo-se para além da determinação legal. Na outra face da moeda, estampa-se, como efeito necessário, a impertinência da responsabilização legal do ato corporativo que seja qualificado como socialmente irresponsável (acerca dos atributos de uma “percebida” irresponsabilidade social, ver Lange e Washburn (2012)). Não deixa de soar estranho o termo quando a ilação derivada da análise do conceito corrente de RSE aduz que, cumpridas as obrigações legais, cabe à empresa, como prerrogativa sua, a opção pela responsabilidade social. Função social é algo distinto de responsabilidade social.

O Código Civil brasileiro enfoca a responsabilidade sob o ângulo da responsabilidade civil. Segundo o Art. 927, a obrigação de reparar dano, essência da responsabilidade civil, é atribuída àquele que o causa, por ato ilícito (BRASIL, 2002). Tal tipo de responsabilidade implica, como pressuposto, a prevalência da represália pela reparação, que, objetivamente, presume-se preferível pela parte lesada. A ideia de responsabilidade civil não se comuta, entretanto, com a de responsabilidade social. Enquanto aquela parte de uma agenda negativa e determinada, ou seja, condiciona-se sua função à ocorrência de um evento lesivo, ficando a empresa responsável em relação à determinado alguém, esta parte de uma agenda neutra e indeterminada, ou seja, é responsabilidade que prescinde de um episódio e transcende a relação a dois. Onde se encaixa, então, a RSE na ordem jurídica?

Para essa questão, talvez não seja possível precisar uma resposta, considerado o atual conceito de RSE e sua contextualização. Parece, no entanto, que, dado o que se entende por um agir socialmente responsável, os fundamentos da RSE estariam dispersos de forma sistêmica pelo ordenamento jurídico, não se achando por completo especificamente positivados num ou noutro dispositivo. Eventualmente, como sucede nessas hipóteses, seja válido, assim, recorrer ao texto legal maior, do qual efluem as premissas do sistema. Por exemplo, ao Art. 6º da Constituição Federal, que veicula uma pauta exemplificativa dos direitos sociais (BRASIL, 1988), coadunados com o direcionamento de um agir socialmente responsável. Para esses direitos, não há que se selecionarem destinatários, como não há que se condicionar seus efeitos a qualquer elemento mediatório.

Note-se, no entanto, como já ponderado, que, quando as instituições não se movem pela finalidade de restarem cumpridos tais direitos, não há sanção legal que lhes possa ser cominada. Aí se encontra um ponto de influência do posicionamento jurídico da RSE sobre seu conceito corrente. A zona opaca em que se acha o conceito tem seu germe, pois, na sua própria nomenclatura. Trata-se mesmo de responsabilidade? Para pensar essa questão, é necessário considerar que a responsabilidade social impõe uma punibilidade colhida no plano da interação social, como, por

exemplo, a perda de credibilidade.

Na Lei 6.404/1976, conhecida por Lei de Sociedades Anônimas (LSA) (BRASIL, 1976), o Art. 154 reconhece, embora de forma genérica, a atuação socialmente responsável.

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. [...].

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

A lei, manifestamente, impõe limites ao ato empresarial. Subentende-se, no quadro capitalista, que a empresa orienta-se, originariamente, para a maximização de resultados. É essa vocação nativa que a lei confina, estabelecendo uma espécie de “pode, desde que...”. O parágrafo quarto transcrito, embora pareça dispensável, dado não ser usual considerar necessário que se autorize a prática do bem, previne os administradores de responsabilização por prática de ato de gestão que extrapola os contornos do objeto social estatutário.

A respeito do referido parágrafo, é proficiente relembrar, ainda, a explicação de Lautenschleger Júnior (2005, p. 87): “Ficam vedados, assim, como já o era à época da legislação de 1940, os chamados atos de liberalidade (a lógica da administração como mandatária dos proprietários), salvo se em favor dos empregados e/ou comunidade e em sintonia com os interesses da companhia e sua função social”.

Recentemente, também a Lei 13.303/2016 (BRASIL, 2016) tratou da RSE, desta feita como dever imposto às empresas públicas e sociedades de economia mista – um dever aberto, no entanto: “Art. 27. § 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam” (BRASIL, 2016).

Na ordem jurídica, a RSE parece encontrar arrimo também no intento de persecução de equilíbrio social. No sistema legal brasileiro, consiste em meta relevante, pronunciada, por exemplo, na regulamentação das relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) tenciona mecânicas pelas quais o poder da empresa é nivelado pelo significativo favorecimento da parte ocupante do polo oposto da relação. Assim também a RSE, conquanto sem imposição por regimento legal específico, representa uma resposta, exigível da empresa pela sociedade, por conta do poder desmedido que lograram as corporações em comparação com outras instituições.

Ainda nessa esteira comparativa, é conjecturável também supor a RSE como contrapeso aos custos sociais gerados pela atividade empresarial. Como posto anteriormente, a responsabilidade civil não é comutável pela social. Entretanto, dela se aproxima quando considerado o fundamento reparatório. A transcendência das obrigações legais consistiria, assim, na compensação prestada pela empresa por obra dos danos sociais inerentes à atuação empresarial. Essa ideia já fora

considerada em Davis (1975).

Por ponderação lógica, cabe admitir, ademais, que a RSE, dirigindo-se à coletividade, volve-se, no caminho, à própria empresa. Num cenário de competição irrefreada, é do interesse da sociedade que a empresa, principal unidade produtiva nas sociedades capitalistas, tenha condições de se manter, sustentavelmente. É, na contemporaneidade, a empresa a figura responsável pelo guarnecimento de boa parte dos bens consumíveis, e, sendo esse um encargo de alta responsabilidade, sua supervivência deve ser controlada. Exigir que a empresa preserve o meio natural, por exemplo, não é algo pelo que se visa apenas o benefício da sociedade; ambiciona-se também a conservação da entidade empresarial, que, se devastado aquilo que, sob o ponto de vista da produção, é recurso, corre o risco de se extinguir.

Em resumo, o exame da RSE sob a perspectiva legal, embora parta da inexistência de um vínculo jurídico específico de comprometimento entre as partes envolvidas, aponta para um alinhamento, em vários pontos coerentes, entre RSE e o “espírito” do ordenamento. Em outras palavras, se não se pode identificar a RSE como premissa ou consequência específica de relação obrigacional estabelecida entre duas partes, nem por isso é possível assegurar que uma empresa consiga adequar-se ao ordenamento prescindindo do agir socialmente responsável.

### 3 APORTES TEÓRICOS DA TAC

O escopo da teoria da ação comunicativa consiste em desenvolver um conceito de razão baseado no ato comunicativo emancipatório, contrapondo-se à noção instrumentalista da razão. Pressupõe, assim, um sujeito epistêmico, no qual a capacidade de conhecer e de agir está atrelada à razão comunicacional. Sua ação central é, pois, a comunicativa, uma das categorias de que se vale este ensaio. A outra é a ação estratégica. Trata-se de tipos contrastantes, produtores, quando comparados, de uma distensão na qual se pode encontrar subsídio para o exercício de uma compreensão crítica da modernidade. As subseções subsequentes embasam-se na obra magna do autor, publicada em 1981.

#### 3.1 A ação comunicativa

A ação comunicativa é a que se constitui pela interação. A linguagem é o meio de que se valem para gerar entendimento, e o mundo da vida, a tecedura em que se dá. Esse mundo não é apenas seu entorno; é também consequência do acúmulo de ações. Constitui-se, pois, de interpretações geradas no passado, operando como mitigador das possibilidades de desconhecimento. Dada a consolidação dessas interpretações, o mundo da vida é recheado de convicções. Tanto a expressão do sujeito que se pronuncia quanto a interpretação que faz o outro dependem de experiências prévias. O mundo da vida, portanto, enquadra a ação comunicativa, propicia que dela se gere entendimento.

Eles próprios, os indivíduos, estão cativos do mundo da vida. Como coloca Habermas (1987, p. 126), “os atores comunicativos estão sempre se movendo dentro do horizonte do

mundo da vida; eles não podem sair dele”. Distante do alcance da contestação, é um mundo que, incorporado pelo sujeito, a ele também se incorpora. Explica o autor: “os participantes não podem assumir, in actu, a mesma distância em relação à linguagem e à cultura que existe em relação à totalidade de fatos, normas ou experiências passíveis de compreensão mútua” (HABERMAS, 1987, p. 126). Pela ação comunicativa, os indivíduos ajustam seus planos individuais. Na relação com o mundo da vida, a ação comunicativa presta-se, segundo o autor, a escopos variados: preserva a herança cultural e modifica-a, agrega os indivíduos e gera solidariedade, constitui a identidade de indivíduos socializados. Complementarmente, ação comunicativa e mundo da vida, em plano teórico, constroem-se mutuamente.

Importam para a ação comunicativa as falas que se ambicionam válidas e cuja reivindicação de validade é criticável. Pressupõe-se, assim, nas relações que se estabelecem pela ação comunicativa, movimentos dialógicos, decorrentes de momentos que não estão dados, mas, distintamente, são suscetíveis a constantes e sequentes construções consensuais. As possibilidades críticas, em Habermas, coexistem em relação a elementos de verificação do que se considera válido, quais sejam: a compreensibilidade, a veracidade, a correção normativa e a sinceridade da enunciação. Juntos, esses elementos tocam a integralidade do conceito de mundo da vida, perspectivado em três segmentos de mundo: o objetivo, o social e o subjetivo. As pretensões de validade – verdade, correção e veracidade – dirigem-se a cada um desses mundos, pelas vias respectivas. Numa situação ideal de fala, seriam elas exercidas em uma interação livre, em que os indivíduos não são coagidos por coisa alguma, exceto a obrigação autoimputada de argumentar. Esse seria um diálogo inclusivo e igualitário, do qual participariam todos os interessados, em igualdade de condições, e os interesses aí estampados não seriam, nenhum deles, de quem quer que seja, inapeláveis e livres de críticas. No processo argumentativo a única coerção possível é a do melhor argumento.

### 3.2 A ação estratégica

Contrapõe-se à comunicativa a racionalidade instrumental, também nominada por racionalidade meio-fim – que dirige a ação estratégica. A ação regrada pela racionalidade instrumental é avaliada sempre em função dos resultados produzidos; portanto, após a irradiação dos seus efeitos no mundo. Diferentemente da ação comunicativa, cujo objetivo é o entendimento, a ação estratégica objetiva a adequação.

Assim como a ação comunicativa está para o mundo da vida, a estratégica está para os subsistemas. É nos subsistemas mediados por poder e dinheiro – respectivamente, o aparato estatal e o mercado – que a ação estratégica acha espaço profícuo para gerar utilidade e eficiência. É ação interessada, motivada por convicções voláteis. Sua finalidade é a maximização dos próprios meios em função dos fins impostos pelos sistemas. Segundo Habermas, “emergem domínios de ação formalmente organizados que, em última análise, não se integram mais pelo mecanismo de entendimento mútuo, desviam-se dos contextos do mundo da vida e coagulam-se numa espécie

de sociabilidade livre de normas” (HABERMAS, 1987, p. 307). Em princípio distintos, dinheiro e poder operam de forma amalgamada. Estabelece-se, entre a economia e o Estado um vínculo de dependência. Esse fenômeno reforça a capilaridade da ação estratégica que, qual líquido, flui indiferente por subsistemas peculiares, como se iguais fossem.

A despeito da viva distinção entre o mundo da vida e a ambiência dos subsistemas, esses contextos fundem-se, modernamente, em zonas promíscuas: o mundo da vida foi, circunstancialmente, colonizado pelos imperativos sistêmicos. Desintegrados de um suposto todo, torna-se possível que os subsistemas avancem sobre o que remanesce. A sobreposição dos subsistemas ao mundo da vida reifica estruturas simbólicas na medida em que a linguagem pela qual se gera entendimento é substituída por outras formas de mediação. Em alguns momentos (e.g., HABERMAS, 1987, p. 147), Habermas associa a reificação a deformações do mundo da vida. Sua colonização dá ensejo a uma série de patologias, efeitos colaterais que afligem a sociedade e a personalidade. O produto desses efeitos verifica-se na alienação da liberdade humana. Observe-se o trecho:

Como a esfera privada é debilitada e desgastada pelo sistema econômico, assim também a esfera pública é acometida pelo sistema administrativo. O esgotamento burocrático e a dessecação dos processos de opinião espontâneos e de formação da vontade dão margem à manipulação da lealdade das massas [...] (HABERMAS, 1987, p. 325).

Concebidos o tipo de racionalidade em que se funda, a ambiência em que ocorre e suas características básicas, a ação estratégica apresenta-se, assim, manifestamente, como modelo avesso ao da ação comunicativa. É nessa antinomia que encontramos uma espécie de tensão desejada para pensar de modo crítico fenômenos que, modernamente, exibem-se ao espectador nebulosamente. É como se tem em conta a RSE. A julgar apenas pela forma como são anunciadas as ações pelas quais se exerce, pode-se iludir pela falsa obviedade de um fenômeno que, à medida que se despem suas aparências, vai-se, paralelamente, distanciando do inequívoco.

#### 4 RELEITURA DA RSE MEDIANTE O APORTE DA TAC

A ética, seja a clássica seja a moderna, surge da questão que se põe ao indivíduo quando carecedor de orientação: que devo fazer? (HABERMAS, 1989). É certo que a clareza de tal autoquestionamento pode-se acanhar em função de componentes que não estão ao alcance imediato da consciência<sup>1</sup>. Manter minimamente vigorosa a questão “que devo fazer?” parece ser, no entanto, o caminho para pensar o desenvolvimento da RSE. Do que se trata afinal a RSE senão do que devem fazer as empresas? Não há que se falar em responsabilidade se não se ponderar ao menos uma orientação que se apresenta ao agir. É na ação, ou na correspondente omissão que em referência a ela se desenha, que se configura a responsabilidade. Nos princípios jurídicos

---

1 Ver, por exemplo Welsh e Ordóñez (2014).

afirmativos dos bens que se reputam importantes para a comunidade, podem-se obter diretrizes para um agir socialmente responsável, embora não decorra este, no caso específico do ordenamento brasileiro, de vínculo obrigacional determinado que onera a empresa em relação a este ou àquele indivíduo ou agrupamento.

A RSE não nos parece, entretanto, dimanar diretamente de qualquer ordenamento. Representa-se por RSE um fenômeno difuso, abrigado sob um conceito vago, que se edifica ao balanço das conotações linguísticas que se vão a ele aderindo, aguçadas, de um lado, pela premência dos problemas sociais e, de outro, pelas próprias empresas, muitas vezes posicionadas no centro desses problemas. Imiscui-se, ainda, na conexão que se estabelece entre esses polos, um conjunto de atores irresolutos, portando objetivos os mais diversos, como governos atulhados que veem na RSE um mecanismo prático para se alterar a partilha de incumbências estatuídas por leis ultrapassadas e blindadas por processos legislativos deveras rígidos ou, ainda, organizações não governamentais cujos membros, como elas próprias, sobrevivem da fiscalização e denúncia de problemas carentes de clemência empresarial. A RSE surge, assim, da necessidade de fazer frente a problemas, não apenas sociais (como dá a entender o nome): problemas de legitimidade, sustentação e competitividade das empresas, problemas de alcance das competências governamentais, problemas de subsistência daqueles que firmam sua missão na defesa de direitos difusos e coletivos, problemas, enfim, de várias ordens implicadas socialmente.

Problemas práticos surgem sempre. Se não forem para eles arranjasdas soluções, disso decorrerão consequências que não nos interessam. É o que ocorre – exemplifica Habermas (1989) – quando a bicicleta usada diariamente quebra. Entre variadas possibilidades de ação, busca-se tomar uma decisão racional, visando-se a meta interrompida pelo contratempo. É nesse quadro que se busca encarar, neste ensaio, sob o referencial e os debates acima explorados, o conceito de RSE. Empreende-se um enfrentamento que tem por princípio problemas fáticos, não qualquer espécie de elemento originário. Propõe-se, para tanto, com fins didáticos, que se pondere sobre a série de questões que se ordena a seguir.

Caso se assuma, como apontado acima, que a RSE não se origina especificamente de qualquer ordenamento jurídico, qual seria então sua relação com essa esfera autonomizada do plano dos subsistemas habermasiano? Ora, a legislação não se posiciona com clareza a respeito da RSE. É parca a respeito e, quando dela trata, não deixa de fazê-lo com certa dose de inocuidade. É o que se depreende do já mencionado Art. 154 da LSA. A Constituição Federal pauta as bases do agir responsável, mas não especificamente em relação à RSE, e sim a qualquer agir responsável; ali estão, pois, os fundamentos de uma responsabilidade geral. Portanto, sob o ponto de vista legal, considerando-se a ausência de regra específica que a determine e, ao mesmo tempo, a imprescindibilidade fática da RSE, um agir socialmente responsável apenas poderia ser assim declarado se coadunado com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico dentro do qual é considerado.

Note-se que, ante a perspectiva legal, a RSE não pode prescindir do ordenamento. O conceito é formatado justamente através da ótica do ordenamento. Assim se dá não apenas com

a RSE senão também com qualquer fardo a que se atribua o sentido de uma responsabilidade. Logo, havendo norma específica ou não, a dinâmica de conceituação é a mesma: enquadra-se o fenômeno no ângulo da lei para a ela conformá-lo. Tal enquadramento opera, dessa forma, como condição para que o fenômeno ganhe vida jurídica e, conseqüentemente, passe a produzir os efeitos jurídicos do sistema que agora o autentica.

Entretanto, o fenômeno, neste caso (como em outros tantos), precede a preocupação legal. Tanto assim que, tradicionalmente, avalia-se um ato de RSE aquele que suplanta as obrigações legais imputadas à empresa (e.g., MONTANA; CHARNOV, 2005). Ocorre também, como desenhado no já apresentado modelo proposto em Carroll (1979), que responsabilidades legais sejam entendidas como apenas parte da RSE. De todo modo, é flagrante como, no âmbito da gestão, a dimensão normativa da RSE fica acanhada. Na medida em que se coloca o fenômeno para além da norma ou, ainda, quando o conceito a absorve, torna-se difícil para o Direito regulá-lo, e uma responsabilidade não normatizada tende a fragilizar-se. Conjectura-se que seja justamente desse disparate que surge a oportunidade de contar com o apoio da TAC para aprofundar a significação comumente outorgada à RSE.

Outra questão que se apresenta, então, é a seguinte: diante das duas categorias da TAC aqui utilizadas, seria possível encaixar categoricamente a RSE em uma delas?

A empresa atua no espaço dos subsistemas; é protagonista emblemática da ação estratégica. Convém considerar, no entanto, que a RSE não ocorre no âmbito específico da empresa. Não pode ser entendida apenas como resposta a pressões sociais, tampouco como mero efeito da delegação às empresas de funções até então exercidas pelo Estado. Há evidências de que níveis reduzidos de *compliance* (recorde-se que, nas definições clássicas, a conformidade às normas legais consiste em condição constitutiva da RSE) devem-se à ausência de participação das empresas na formulação das regulamentações produzidas pelo Estado (MALESKY; TAUSSIG, 2017). A RSE dimana, pois, do plano discursivo que se institui na relação triangular entre empresa, Estado e sociedade. É isso que confere sentido à questão, cuja resposta, não fosse isso, em nada extrapolaria os limites do óbvio. É também nesse ponto que se encontra subsídio para justificar a utilização da TAC na reflexão empreendida.

Para dar conta de uma eventual categorização, cumpre, primeiro, distinguir a RSE dos seus atos. A RSE é um conceito, para o qual, como exposto, não se tem à disposição uma definição clara. Os atos de responsabilidade praticados pela empresa, opostamente, têm contornos mais precisos, no mundo fático possivelmente identificáveis. Importa essa distinção porque se, por um lado, a RSE como ideia parece alinhar-se com a ação comunicativa, como ato é recorrentemente – no campo da gestão, racionalmente – utilizada com fins estratégicos. Observe-se: “[...] que maiores indicadores de responsabilidade social e sustentabilidade, associados com maior lucro específico, no ano anterior, contribuem para elevar a persistência do lucro específico dessas entidades no mercado brasileiro” (MEDEIROS; MOL, 2017, p. 194). Da mesma forma: “A análise oferece uma teoria baseada no risco para as origens da vantagem competitiva entre empresas rivais inicialmente idênticas e elucida a evidência empírica da relação entre risco e lucratividade e as implicações de

desempenho da RSE” (ROSS, 2014, p. 202).

Em outro artigo dos já citados McWilliams e Siegel, a primeira seção em destaque intitula-se “Desenvolvimento Teórico da Responsabilidade Social Corporativa Estratégica”. A frase final do seu primeiro parágrafo representa bem a ideia:

Dado que estamos preocupados principalmente com a criação e a captura de valor pela empresa, definimos responsabilidade social corporativa como qualquer atividade “responsável” que permite à empresa alcançar vantagem competitiva sustentável, independentemente do motivo (MCWILLIAMS; SIEGEL, 2011, p. 1481).

No campo da gestão, não ocorre apenas de ter a RSE seu sentido associado à utilidade, mas também ser seu conceito confundido com os efeitos – os atos de responsabilidade – que sua prática produz. Na medida em que se extraem do conceito, que é abstração, suas consequências empíricas para, momento seguinte, em prol delas descartá-lo, queda-se com um conceito acéfalo, cujas demarcações ficam quase que plenamente à mercê das forças prevalentes na disputa travada entre aqueles que têm interesse em seu controle. Quando isso ocorre, a RSE aproxima-se da ação estratégica. Está-se diante de um quadro em que a responsabilidade é promiscuída com a ação que dela própria dimana. Note-se: “definimos responsabilidade social corporativa como ações que promovem algum bem social, para além dos interesses da empresa e do que é exigido por lei” (MCWILLIAMS; SIEGEL, 2001, p. 117, grifo nosso). Ainda: “em suas várias definições, o termo [referência à RSE] envolve uma ampla gama de *atividades* econômicas, legais e voluntárias” (CARROLL, 1979, p. 498, grifo nosso).

Essa é a forma fácil de perceber a RSE. É como as empresas costumam vender a ideia. Inclusive, nem sempre a ideia é representativa do que veicula em âmbito teórico. O rótulo de socialmente responsável pode, por exemplo, ser construído às custas de outras empresas integrantes da cadeia de suprimentos (DEVIN; RICHARDS, 2018). A empresa, em regra, lida com o grande público. Os conceitos precisam de materialização, de elementos palpáveis. É quando, ao encontro das necessidades da linguagem corporativa, a empresa comunica ações. Pode até ser o caso de que as ações sejam de fato debatidas comunitariamente. O conceito, no entanto, é atingido apenas mediatamente. A RSE como ação é manifesta; como conceito, oculta. Repare-se: “Alguns exemplos de ações de responsabilidade social corporativa incluem ir além das exigências legais na adoção de programa de gestão de recursos humanos progressistas, desenvolvimento de procedimentos de testes sem animais, reciclagem, redução da poluição, apoio a empresas locais e incorporação de produtos com atributos ou características sociais” (MCWILLIAMS; SIEGEL, 2001, p. 117).

Assim, quando na RSE se imprime a marca da utilidade, tende a ação a pautar-se por uma racionalidade do tipo instrumental. Se, por exemplo, prover informações sobre RSE ao mercado resultar em aumento de chance de captação de crédito<sup>2</sup>, justificam-se as decisões. E se a relação fosse reversa? Como exposto, trata-se de uma ação avaliada de acordo com os resultados que desencadeia, uma ação estratégica, adequada. O objeto da ação não é propriamente seu conteúdo,

2 Como constatado em Almeida e Santos (2016).

mas os resultados que produz. É válido qualquer conteúdo que conduza ao fim pretendido. Pacificação do relacionamento com *stakeholders*, conformação a expectativas sociais, inteligência tributária: seja o que for, no mundo corporativo, quase tudo se resume à vantagem competitiva. Daí a dificuldade de precisar o conceito pela ação: a ação é móvel. Qualquer rol mencionado será sempre exemplificativo.

A RSE não é gestada exclusivamente dentro da empresa. Embora não seja desarrazoado – como também já se argumentou – enxergar no interior do sistema empresarial a intenção sistemática de controle do seu conceito, cumpre ter que a RSE emerge da relação pouco ordenada entre empresa, Estado e sociedade. Por vezes, crescem-se a essa desordem contradições subsistentes no campo de cada ator, como a coexistência de pressões conflitantes exercidas pelo Estado (LUO; WANG; ZHANG, 2017). É sob esse ângulo que se pode vislumbrar a RSE como fenômeno alinhado com a ideia representada pela ação comunicativa. Até na melhor mostra da literatura gerencial tradicional, na qual se busca imprimir a dose de ordem necessária a um tratamento instrumental, o conceito de RSE suscita confusão: “Essas pressões emergem de clientes, funcionários, fornecedores, grupos comunitários, governos e acionistas, especialmente institucionais. Com tantas metas e objetivos conflitantes, a definição de RSE nem sempre é clara” (MCWILLIAMS; SIEGEL, 2001, p. 117).

A RSE não é, contudo, como dá a entender a passagem citada – e isso já se disse -, apenas resposta a demandas sociais, embora significativamente também o seja. As empresas, em alguma medida, modelam essas demandas, uma vez que, muitas delas decorrem de problemas criados pelas próprias empresas. Pretende-se dizer: não se pode afirmar que a RSE começa necessariamente na sociedade – por que não na empresa? O que a sociedade faz, assumindo-se esse pressuposto subversivo, é responder a problemas pressionando a empresa por respostas. Cabe aí, no entanto, uma contraposição: a empresa não é a única responsável por criar demanda e os consequentes efeitos colaterais que provêm da oferta correlata; essa demanda é pressionada também pela sociedade e pelo Estado. É justamente quando se percebe a possibilidade dessa divergência que se realça o préstimo da categoria da ação comunicativa para apreciar a RSE. Vale colocar então outra questão: como explorar a RSE por essa orientação?

Na teoria habermasiana, a ação comunicativa ocorre como efeito da interação que se estabelece entre sujeitos. Não se está propriamente diante de um grande problema quando, assumindo-se a viabilidade teórica de operar a transferência do nível individual para o coletivo, se busca desvendar quem são os sujeitos interagentes no fenômeno da RSE – genericamente: empresa, Estado e sociedade. Ocorre, porém, não ser tão intuitivo compreender que a RSE inexistente não como projeção conjunta dos discursos desses sujeitos. Note-se que se encontra aí um ponto de justificativa para a dificuldade de conceituação da RSE tanto no campo da gestão quanto na legislação. A ação comunicativa acontece no mundo da vida, que, constituído por interpretações produzidas no passado, se altera com o transcurso do tempo, e, por consequência, alteram-se também os discursos que nele se ambientam.

A conservação de elementos básicos da linguagem permite, no entanto, que a RSE seja, ainda que precariamente, apreensível como conceito. As convicções que ao mesmo tempo

constituem o mundo da vida e são acolhidas pela legislação, por exemplo, fornecem parâmetros para a avaliação compartilhada do que se espera da atuação empresarial. Assim, a despeito de nebuloso, o conceito de RSE não deixa de ser passível de operacionalização pelos sujeitos envolvidos. Evidentemente, explorado o conceito pela via da ação comunicativa, não é possível enquadrar a RSE em uma noção absoluta, atemporal. É descabido falar aqui em essência. No mundo da vida, os sujeitos expressam-se e interpretam de acordo com suas experiências prévias. A teoria dos *stakeholders*, a despeito de coadunar-se com o agir estratégico, coloca em evidência a constante necessidade de diálogo entre as variadas partes que guardam interesse na atuação organizacional.

Mais apropriado falar aqui então em diálogo entre as partes que em diálogo da empresa com seus *stakeholders*. Isso porque, conforme se depreende da TAC, todo indivíduo é cativo do mundo da vida (HABERMAS, 1987). Quando se concebe a RSE por um viés unicamente estratégico, tende-se a avaliá-la como resultante exclusiva de movimentos opostos: de um lado, Estado e sociedade pressionando; de outro, a empresa respondendo – como se, tomando parte de mundos distintos, cada um agisse de acordo com lógicas próprias e contraditórias. A ideia de totalidade do mundo da vida parece alinhar-se mais à realidade fática, qual seja a de que todos estão envolvidos pelo mesmo mundo. Dessa ponderação decorre a possibilidade de declarar a RSE uma responsabilidade difusa, não unidirecional – no sentido da empresa para Estado e sociedade – mas partida de todos os atores envolvidos.

Como já se disse, não há que se falar em oferta sem a correspondente demanda. O termo “responsabilidade social” soa, nesse sentido, mais apropriado que o termo “responsabilidade social empresarial”, inclusive porque evita que, continuamente, se construam teorias que, a despeito de direcionadas especificamente a uma das partes envolvidas na relação, se sustentam sobre bases teóricas semelhantes. Note-se:

Ética do consumidor/responsabilidade social tem sido adequadamente definida como «os princípios morais e padrões que orientam os comportamentos dos indivíduos sobre como obter, usar e dispor de bens e serviços» (Muncy e Vitell 1992). Assim, seguindo essa definição, os consumidores têm pelo menos duas grandes responsabilidades. Em primeiro lugar, para com outros *stakeholders*, em suas relações [...]. Podemos chamar isso de responsabilidade ou ética de consumo. Em segundo lugar, para com a sociedade como um todo, os consumidores têm a responsabilidade de evitar o dano social [...]. Podemos chamar essa responsabilidade de responsabilidade social do consumidor (VITELL, 2015, p. 768).

A ideia de mundo da vida alinha-se, assim, pelo menos no sentido acima exposto, com a característica dispersão que marca o conceito de RSE. São os elementos simbólicos compartilhados pelas partes interagentes que conferem significação à RSE. O que se espera da empresa? Qual o papel do Estado? Que valores orientam o comportamento do indivíduo como membro da sociedade? São essas, entre um sem número de outras, questões que, avocando para si respostas compartilhadas

pelas partes, configuram o conceito de RSE. Agora, a falta de clareza das pressuposições de que se valem os indivíduos para relacionar-se com o mundo torna precário o discurso que envolve a RSE, e essa precariedade tende tornar o conceito exposto a manipulações com fins perlocucionários.

O que se tem aí talvez se alinhe com a ideia representada em Habermas pela expressão “colonização do mundo da vida” (HABERMAS, 1987). A racionalização exacerbada da RSE torna-a plástica. Quando, em consequência disso, a relação entre as partes passa a ser mediada prevalentemente pela moeda, o mercado sobrepõe-se ao mundo da vida, e a RSE instrumentaliza-se. Então, a RSE, que, como fenômeno difuso, poderia constituir-se pela ação comunicativa, é impregnada de racionalidade econômica e viabiliza-se apenas quando as ações que dela decorrem adquirem alguma acepção racional teleológica. A literatura gerencial é farta a respeito. Note-se a apresentação desta proposta de pesquisa: “Propomos uma metodologia que permite aos gestores determinar o nível apropriado de investimento em RSE, com base em uma teoria da perspectiva da empresa” (MCWILLIAMS; SIEGEL, 2001, p. 118). Repare-se, ainda, neste objetivo geral: “[...] o objetivo deste artigo é explorar as implicações financeiras de determinadas características da nomeação de um diretor de RSE” (WIENGARTEN; LO; LAM, 2017, p. 477).

A busca pelo consenso tende a ficar, desse modo, prejudicada. O ponto de vista da intersubjetividade define-se na medida em que os interagentes consideram-se pariformes, tornando-se, em decorrência, inexpressivos. Se, por exemplo, o Estado promiscui-se com empresas que viabilizam sua estrutura de funcionamento, o que resta de dissenso a ser debatido entre as partes (Estado e empresa)? Do mesmo modo, se a sociedade conforma-se excessivamente aos modelos propalados pelas empresas, quão distintas serão as posições de cada parte (sociedade e empresa)? Saliente-se que a intersubjetividade condiciona-se à existência de subjetividades. Aquela identidade de indivíduos socializados, cuja constituição integra o escopo da ação comunicativa, resta comprometida quando o mundo da vida é reificado e a ação estratégica invade âmbitos próprios da ação comunicativa.

Será que, conforme os parâmetros da ação comunicativa, se ambicionam válidos os enunciados dos interagentes quando engajados na RSE? Uma vez parametrizada por índices de elevado potencial de impacto, como os referenciados DJSI e ISE, em que medida a RSE ainda se oferece ao diálogo aberto entre os interagentes? Cabe lembrar que cada momento, na ação comunicativa, está sujeito a reformulações consensuais. Necessário para tanto, porém, que as partes mantenham-se adeptas das pretensões de validade da fala – o que não parece muito próximo da realidade. A franqueza dos enunciados, por exemplo, não é fácil sustentar. Discursos empresariais genéricos aos quais correspondem ações muito específicas podem servir como escudo que encobre as contradições inerentes à atuação empresarial. É o caso de uma empresa que, hipoteticamente, se declara ambientalmente responsável por fomentar programas de reflorestamento, mas, ao mesmo tempo, agride o ambiente poluindo o ar.

Na medida em que a RSE é sistematizada por parâmetros – emergentes especialmente da modelagem do conceito pelas grandes organizações -, vale considerar também que se incorre no risco de mitigar a relevância, supondo-se a RSE constituída pela ação comunicativa, das dimensões

objetiva, social e subjetiva do mundo da vida. Isso porque a padronização enrijece o conceito e, por consequência, distancia dele os pormenores da realidade. Como podem os interagentes compartilhar o conhecimento de fatos averiguáveis se entre eles subsiste um elevado grau de assimetria de informação? É o que ocorre, por exemplo, quando a relação se dá entre uma grande empresa que causa impactos negativos difusos e uma pequena comunidade remota que, a despeito de impactada, pouco conhece dos porquês do impacto sofrido. Nas atuais circunstâncias, nada impediria, porém, que a empresa, enquadrando-se nos parâmetros estabelecidos, fosse considerada socialmente responsável. A RSE, ganhando conotação estratégica, torna-se protocolar.

A literatura gerencial, quando expõe as limitações ou as facilidades de um tipo específico de empresa para enquadrar-se como socialmente responsável, revela o referido caráter protocolar da RSE. Note-se:

Conclui-se que o contexto da pequena empresa impõe barreiras para a prática da responsabilidade social, mas que o impacto do tamanho menor sobre a responsabilidade social deve variar de acordo com uma série de condições. A partir de uma análise crítica dessas condições, sugerem-se oportunidades para as pequenas empresas e elementos para superar as barreiras limitadoras (LEPOUTRE; HEENE, 2006, p. 257).

A despeito de se tratar, assim, de um conceito ainda turvo, é comum que a RSE se apresente como certa, subsidiando categorizações acuradas, como uma linha que supostamente separa umas empresas de outras. É para isso, afinal, que se prestam os conceitos. Uma questão que cabe então ser colocada é a seguinte: quem tem exercido maior influência sobre a demarcação dessa linha? Quando a RSE é instrumentalizada como ação estratégica, é possível que a coordenação dos planos de ação seja substituída pela imposição dos planos prevalentes. Isso ocorrendo, é preciso cogitar que qualquer potencial emancipatório que eventualmente se vislumbre na RSE resta suscetível a sucumbir perante seu também potencial de dominação.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo aproxima-se do conceito de RSE multidisciplinarmente, apoiando-se no pensamento habermasiano. Como teoria crítica, a TAC impulsiona o desvendamento de questões não aparentes. Destacam-se, nesta seção final, algumas considerações sobressalentes. Elas dimanam do exercício reflexivo de associação entre a RSE e o caráter estratégico ou comunicativo que a assinala.

A empresa é, destacadamente, espaço da ação estratégica. Talvez não seja disparatado entendê-la como o produto mais distinto seu. As ações que dela partem são, por consequência, tendencialmente marcadas pela lógica instrumental. Uma questão que vem à tona quando se pensa a RSE é se ela parte da empresa ou da sociedade. No entanto, quando se aproxima o plano didático da realidade sondada, quase sempre se devem abandonar as convicções fornecidas pela polarização das possibilidades para se acatar algum *continuum* um tanto dúbio e desprovido de uma métrica

passível de identificação exata. Assim, à questão apresentada provavelmente tenha-se que oferecer a resposta de que a RSE é labiríntica, estimulada por forças provenientes de dentro e de fora da empresa.

Relevante seria essa questão para o diagnóstico, em plano teórico, do tipo de ação a orientar a RSE: se comunicativa ou estratégica. Sua significância encolhe-se, no entanto, quando se considera a colonização do mundo da vida. Além disso, a apreciação da realidade apouca ainda mais o dualismo em que toca a questão. Se não o conceito, pelo menos a prática da RSE tem-se mostrado preponderantemente estratégica. A RSE é correntemente utilizada como instrumento que contribui para a gestão de conflitos entre empresa e *stakeholders*, e essa relação tende a ser gerida quase sempre de modo estratégico. Agora, a despeito do instrumentalismo que lhe marca, e da conseqüente nebulosidade dos seus contornos conceituais, haveria espaço na RSE para a ação comunicativa?

Cumprir ponderar que a RSE, embora tenha seu conceito em larga medida modelado pela empresa, não cabe inteiramente no sistema empresarial. A inconsistência de seu conceito, se por um lado potencializa sua gestão estratégica, porque viabiliza que se faça uso seu de modo conveniente e contingencial, por outro retira-o do controle da empresa, expondo-o a influências alastradas que acabam por modelá-lo também. É aí que, eventualmente, se pode ver uma RSE conciliada com o mundo da vida, aberta à ação comunicativa – talvez.

Diz-se talvez porque se está aqui diante de um sítio cinzento, no qual, a despeito de, pelo menos como possibilidade, subsistir a ação comunicativa, o mundo da vida está sempre sob ameaça, na iminência de ter partes suas tragadas por algum sistema. Pragmaticamente, parece ser sensato admitir que não se trata de identificar aí um tipo de ação em detrimento de outro, mas de considerar ser possível o redimensionamento da empresa e dos espaços por ela amoldados. Cuida-se de empreita ousada, a ser manejada diretamente no conceito de empresa.

Conceber a exclusão da dimensão estratégica do âmbito da empresa seria algo ilusório. A empresa não apenas a recebe como também a gera, com ela confundindo-se. Assim, essa dimensão tende a contagiar tudo que a empresa toca. É o que ocorre com a RSE, cujo conceito tem sido, historicamente, impregnado do raciocínio estratégico. Cogitando-se, no entanto, a chance de um redimensionamento da empresa, pode-se conjecturar a inclusão da dimensão comunicativa no conceito de empresa e, a partir daí, a propagação do tipo de ação correspondente pelas relações nas quais a empresa se envolve. Talvez apenas assim seja possível falar-se, genuinamente, de uma RSE menos instrumentalizada.

Como se infere das discussões realizadas, a RSE não decorre de mero raciocínio lógico. Ao que parece, a RSE é admitida apenas em resposta a um cenário social deveras desarmônico, que tem escandalizado a quem se propõe a, apesar do albergamento da anormalidade no seio da normalidade, enxergar a realidade pela ótica do bom senso. O que se pretende afirmar aqui é que a RSE não deve ser interpretada como algo necessariamente salutar, mas como construto

pragmaticamente necessário, difusa e contraditoriamente orientado para a preservação não apenas das causas envolvidas como também do poder que pôs os objetos seus em risco.

Cabe salientar que, não obstante as potencialidades decorrentes do emprego da filosofia habermasiana, é sempre possível que o movimento que se faz do plano filosófico ao fenômeno empírico esbarre em limitações. Noutros termos, a teoria habermasiana não foi produzida especificamente para a análise da RSE. Quando se apropria, então, dos seus elementos para determinada análise, incorre-se no risco de, conquanto se tentando respeitá-la em sua originalidade, promover adaptações à teoria, com a finalidade de nela “fazer caber” o fenômeno. Por outro lado, é a partir desses atrevimentos que a filosofia ganha em extensão, o que, particularmente para a proposta crítica habermasiana, parece ser algo relevante.

Para pesquisas futuras, veem-se como potencialmente proveitosos trabalhos que acessem os porquês, no âmbito da razão prática, de casos concretos de RSE. Dada a complexidade do fenômeno e a conseqüente dificuldade de se estabelecerem asserções definitivas, esses exercícios reflexivos poderiam ser conduzidos por abdução, partindo-se de premissas manifestas para se firmarem conexões com premissas menores e conclusões probabilísticas. Aprofundar, enfim, reflexões sobre possíveis relações entre temas associados à gestão organizacional, ao direito e a filosofia habermasiana parece ser um movimento do qual podem resultar pesquisas interessantes, que, para além de relevância teórica, propiciem também implicações práticas, gerenciais e jurídicas.

## REFERÊNCIAS

AARONSON, Susan Ariel. “minding our business”: what the United States Government has done and can do to ensure that U.S. multinationals act responsibly in foreign markets. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 59, n. 1-2, p. 175-198, 2005.

ALMEIDA, Moisés Araújo; SANTOS, Josete Florentino. Estrutura de capital e divulgação voluntária de Informações de responsabilidade social corporativa das empresas brasileiras. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, v. 18, n. 45, p. 109-126, 2016.

BELKAOUI, Ahmed. The impact of the disclosure of the environment effects of organizational behavior on the Market. **Financial Management**, Tampa, v. 5, n. 4, p. 26-31, 1976.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm). Acesso em: 11 mar. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF:

Presidência da República, 202. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm#art2044](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2044). Acesso em: 27 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em: 6 jan. 2018.

CAMPBELL, David; MOORE, Geoff; METZGER, Matthias. Corporate philanthropy in the UK 1985-2000: some empirical findings. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 39, n. 1, p. 29-41, 2002.

CARROLL, Archie B. A three-dimensional conceptual model of corporate performance. **Academy of Management Review**, Ada, v. 4, n. 4, p. 497-505, 1979.

CHIN, M. K.; HAMBRICK, Donald C.; TREVIÑO, Linda K. Political ideologies of CEOs: the influence of executives' values on corporate social responsibility. **Administrative Science Quarterly**, Ithaca, v. 58, n. 2, p. 197-232, 2013.

DAVIDSON, Wallace N.; WORRELL, Dan L. The impact of announcements of corporate illegalities on shareholder returns. **Academy of Management Journal**, Champaign, v. 31, n. 1, p. 195-200, 1988.

DAVIS, Keith. Five propositions for social responsibility. **Business Horizons**, Bloomington, v. 18, n. 3, p. 19-24, 1975.

DEVIN, Bree; RICHARDS, Carol. Food waste, power, and corporate social responsibility in the Australian food supply chain. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 150, n. 1, p. 199-210, 2018.

MUN, Eunmi; JUNG, Jiwook. Change above the glass ceiling: corporate social responsibility and gender diversity in Japanese firms. **Administrative Science Quarterly**, Ithaca, v. 63, n. 2, p. 409-440, 2018.

FREEMAN, R. Edward. **Strategic management: a stakeholder approach**. Massachusetts: Sage, 1984.

FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. **New York Times Magazine**, New York, p. SM17, 1970.

GIULIANI, Elisa. Human rights and corporate social responsibility in developing countries' industrial clusters. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 133, n. 1, p. 39-54, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action: lifeworld and system: a critique of functionalist reason**. Boston: Beacon Press, 1987. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 4-19, 1989.

HAFENBRÄDL, Sebastian; WAEGER, Daniel. Ideology and the micro-foundations of

CSR: why executives believe in the business case for CSR and how this affects their CSR engagements. **Academy of Management Journal**, Champaign, v. 60, n. 4, p. 1582-1606, 2017.

IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Responsabilidade social é direito do consumidor**. 2011. Disponível em: <http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/responsabilidade-social-e-direito-do-consumidor>. Acesso em: 16 jul. 2016.

KORTEN, David C. **When corporations rule the world**. Connecticut: Kumarian Press, 1995.

LANGE, Donald; WASHBURN, Nathan T. Understanding attributions of corporate social irresponsibility. **The Academy of Management Review**, Nova York, v. 37, n. 2, p. 300-326, 2012.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro**: ensaio de uma reflexão crítica e comparada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LEPOUTRE, Jan; HEENE, A. Investigating the impact of firm size on small business social responsibility: a critical review. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 67, n. 3, p. 257-273, 2006.

LUO, Xiaowei Rose; WANG, Danqing; ZHANG, Jianjun. Whose call to answer: institutional complexity and firms' CSR reporting. **Academy of Management Journal**, Champaign, v. 60, n. 1, p. 321-344, 2017.

MALESKY, Edmund; TAUSSIG, Markus. The danger of not listening to firms: government responsiveness and the goal of regulatory compliance. **Academy of Management Journal**, Champaign, v. 60, n. 5, p. 1741-1770, 2017.

MCWILLIAMS, Abigail; SIEGEL, Donald. Corporate social responsibility: a theory of the firm perspective. **The Academy of Management Review**, Ada, v. 26, n. 1, p. 117-127, 2001.

MCWILLIAMS, Abigail; SIEGEL, Donald. Creating and capturing value: strategic corporate social responsibility, resource-based theory, and sustainable competitive advantage. **Journal of Management**, Stillwater, v. 37, n. 5, p. 1480-1495, 2011.

MEDEIROS, Ayron Wanderley; MOL, Anderson Luiz Rezende. Tangibilidade e intangibilidade na identificação do desempenho persistente: evidências no mercado brasileiro. **Revista de Administração Contemporânea**, Maringá, v. 21, n. 2, p. 184-202, 2017.

MONTANA, Patrick J.; CHARNOV, Bruce H. **Administração**. 2. ed. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSS, David Gaddis. Taking a chance: a formal model of how firms use risk in strategic interaction with other firms. **The Academy of Management Review**, Ada, v. 39, n. 2, p. 202-226, 2014.

SCHREMPF-STIRLING, Judith; PALAZZO, Guido; PHILLIPS, Robert A. Historic corporate social responsibility. **The Academy of Management Review**, Ada, v. 41, n. 4, p. 700-719, 2016.

SISON, Alejo José G. Aristotelian citizenship and corporate citizenship: who is a citizen of the

corporate polis? **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 100, n. 1, p. 3-9, 2011.

VITELL, Scott J. A case for consumer social responsibility. (CnSR): including a selected review of consumer ethics/social responsibility research. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 130, n. 4, p. 767-774, 2015.

WAGNER, Rea; SEELE, Peter. Uncommitted deliberation? discussing regulatory gaps by comparing GRI 3.1 to GRI 4.0 in a political CSR perspective. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 146, n. 2, p. 333-351, 2017.

WELSH, David T; ORDÓÑEZ, Lisa D. Conscience without cognition: the effects of subconscious priming on ethical behavior. **Academy of Management Journal**, Champaign, v. 57, n. 3, p. 723-742, 2014.

WIENGARTEN, Frank; LO, Chris K. Y.; LAM, Jessie Y. K. How does sustainability leadership affect firm performance? the choices associated with appointing a chief officer of corporate social responsibility. **Journal of Business Ethics**, Dordrecht, v. 140, n. 3, p. 477-493, 2017.

**Como Citar:** NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. BANWWART JÚNIOR, Clodomiro José. FAVORETO, Ricardo Lebbos. Problematizando o conceito de responsabilidade social empresarial: implicações de uma leitura multidisciplinar. **Scientia Iuris**. Londrina, v.24, n.1, p. 55-77, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p55. ISSN 2178-8189.

Recebido em: 10/10/2019

Aprovado em: 01/03/2020

**COMPLIANCE FISCAL: DIMINUIÇÃO DE RISCOS  
E AUMENTO DE COMPETITIVIDADE NO MUNDO  
CORPORATIVO.**

TAX COMPLIANCE: RISK REDUCTION AND INCREASED  
COMPETITIVENESS IN THE CORPORATE WORLD

**Bruno Bastos de Oliveira\***  
**Jefferson Patrick Germinari\*\***

\*Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa.

Email: [bbastos.adv@gmail.com](mailto:bbastos.adv@gmail.com)

\*\*Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Gerenciais de Dracena.

Email: [jeffersonpgerminari@gmail.com](mailto:jeffersonpgerminari@gmail.com)

**Como Citar:** OLIVEIRA, Bruno Bastos de. GERMINARI, Jefferson Patrick. Compliance fiscal: diminuição de riscos e aumento de competitividade no mundo corporativo. **Scientia Iuris**. Londrina, v.24, n.1, p. 78-98, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p78. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** Os programas de compliance são cada vez mais difundidos, especialmente no âmbito do setor privado, permitindo-se que as organizações se coloquem em conformidade com questões jurídicas e conseqüentemente haja gradativo aumento na eficiência. O objetivo do presente artigo é analisar o compliance, em especial o inserido no âmbito fiscal, na perspectiva do ordenamento jurídico nacional, além de verificar os impactos da adoção desses mecanismos como forma de ganho de competitividade, sendo utilizado o método dedutivo de pesquisa, com coleta de bibliografia temática. Conclui-se que a prática da conformidade, em especial o compliance fiscal, figura-se instrumento fundamental à minimização de riscos e aumento da competitividade, especialmente pelo ganho de confiabilidade de ambiente pautado na integridade e na segurança de investimentos.

**Palavras-chave:** Compliance. Compliance fiscal. Eficiência. Competitividade.

**Abstract:** Compliance programs are becoming increasingly widespread, especially in the private sector because they facilitate the observance of legal norms; consequently, companies are becoming more complicit. The main aim of this paper is to analyze compliance, especially in the context of tax law, from the perspective of the Brazilian legal system. Moreover, this study verifies the impacts of these mechanisms as a means for having a competitiveness advantage. In order to accomplish this

important objective, this article used the deductive method and literature review. Finally, this paper concludes that compliance, particularly tax compliance, is fundamental in reducing risks and increasing competitiveness, especially because it creates a safe and reliable environment for investments

**Keywords:** Compliance. Tax Compliance. Efficiency. Competitiveness.

## INTRODUÇÃO

Os países que apresentam grau de percepção de integridade mais elevado localizam-se nas regiões mais desenvolvidas do planeta, em especial, na América do Norte e na Europa, enquanto regiões afetadas por grande instabilidade encontram-se em zonas de altos índices de corrupção.

O Brasil encontra-se em um estágio preocupante, especialmente por ser fato que a riqueza e potencial econômico deveriam gerar um parâmetro de estabilidade mais efetivo, com vistas a estimular o desenvolvimento nacional através de um setor privado forte e competitivo.

A confiabilidade corporativo-institucional é fator preponderante tanto à prosperidade governamental, no estabelecimento de acordos mundiais e busca por capital e investimento estrangeiro, que influi diretamente no crescimento econômico e desenvolvimento do país, como ao destaque empresarial e respectiva sustentação num mercado concorrencial tão impiedoso. Empresas em caminhos limpos, que cumprem suas metas, obedecem ao ordenamento jurídico-legal, comprometidas com a responsabilidade social e políticas públicas, têm passagem garantida à ascensão econômica.

Diante da necessidade de dar azo à conformidade corporativa, sejam nas demandas internas, sejam externas, a origem do compliance tem por inspiração tomadas éticas e de comprometermos inclinados à prevenção de riscos, minimização de oneração e otimização de condutas por melhores resultados, que em seu conjunto favorecem à permanência dos empreendimentos no mercado concorrencial, por vezes, à frente daqueles que ignoram tal ideologia.

Numa abordagem científica em linha de pesquisa metodológica dedutiva, objetiva-se analisar as bases fundamentais do compliance, em estudo acerca da corrupção e do arcabouço legal de repressão a tais práticas, em especial a Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013), com vista derradeira quanto aos benefícios indiscutíveis que o compliance fiscal e o planejamento tributário, eficientemente, são capazes de proporcionar no âmbito organizacional, especialmente no que tange à competitividade organizacional.

No presente artigo aplicou-se técnicas de pesquisa bibliográfica, com técnicas de categorização aos artigos científicos disponíveis nos principais indexadores da área. No processo de busca dos artigos, utilizaram-se as palavras-chave com auxílio do mecanismo de filtragem, ficando a seleção dos artigos limitada àqueles em que as mesmas se encontrassem presentes.

## 1 CORRUPÇÃO E COMPLIANCE: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO NO CONTEXTO DA LEI 12.846/2013

Compreender o funcionamento da espinha dorsal onde se alojam fundamentos tantos que promoveram as transformações empresariais no contexto atual, inspirados pelo compliance, coloca-se por imprescindível, antes de se imergir noutras aberturas indiscutivelmente influenciadas por essa força de conduta motriz de hígidez.

Tal sistemática teve por objeto inaugural a prevenção de práticas de corrupção, perfazendo

“um complexo fenômeno global que advém de fatores econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos” (HAYASHI, 2014, p.16), depreendendo-se daí diversas manifestações de ordem pública, privada e social, o que afetou o processo de desenvolvimento em todos os países do mundo, independentemente do regime ou dos sistemas econômicos o qual estejam vinculados.

Ferreira Filho (1991, p. 2) esclarece que muitos são os sentidos nos quais a corrupção pode ser compreendida, sendo uníssona a ideia de uma conotação pejorativa. Etimologicamente, “o termo vem do latim *corruptio*, cujo sentido próprio é ‘deterioração, alteração’, cujo sentido figurado é ‘depravação’, isto é, ‘corrupção’. O verbo correspondente é *corrumpere*, que, no sentido próprio, quer dizer ‘reventar’, ou ‘fazer reventar’”, e quando levado ao “sentido figurado, significa ‘estragar, adulterar, deteriorar, corromper’”.

Gabardo e Morettini e Castella (2015, p. 130) esclarecem que a corrupção é um fenômeno bastante complexo, “passível de análise a partir de múltiplas perspectivas. Independente do fato de não existir conceito jurídico acerca do que, efetivamente, consiste a corrupção, parece haver um forte consenso de que ela é um ato portador de grande nocividade”, capaz de influenciar todas as dimensões de estrutura orgânica do Estado, como também todas as esferas da organização política, social e econômica, fatores indispensáveis e coadjuvantes ao desenvolvimento.

A corrupção-suborno possui um episódio histórico, a obra *Bribes*, de John T. Noonan Junior (1989), que trata do induzimento por interesse próprio capaz de influenciar a função pública com o objetivo de obtenção de uma retribuição material, praticada de diversas maneiras. Dentre os fatores estimulantes à corrupção tem-se a ideia que resulta do individualismo utilitarista para obtenção da vantagem para si, seja qual for o meio; outro é o interesse material, visto como “mola da vida e do homem, não passando de hipocrisia e de aparência o idealismo, o civismo, a moralidade, etc.” (FERREIRA FILHO, 1991, p. 7). Quanto à segunda dimensão de corrupção, favorecimento, é bastante utilizada em zonas onde a dicotomia público-privada se encontra instalada e pouco definida, em que há manipulação do interesse público em face dos individuais, conjugados pela conveniência de circunstâncias que levam ao favorecimento em face de pretensões paralelas e por vezes escusas.

O suborno e o favorecimento são duas modalidades de ocorrência bastante reiterada, realizados inclusive por países hoje desenvolvidos, há época que se encontravam no seu processo de crescimento, exemplo dos Estados Unidos no século XVIII e da Inglaterra no século XIX; “o suborno tem uma história que se divide em períodos distintos. De aproximadamente 3000 a.C. a 1000 d.C., a ideia da não reciprocidade luta contra as normas de reciprocidade que cimentam sociedades cujos governantes são, ao mesmo tempo, juízes e receptores de oferendas.” (NOONAN JUNIOR, 1989, p. 11).

Em âmbito nacional é possível detectar a existência de um plexo normativo voltado à tutela da moralidade, a citar, a Lei 8.429/1992 que trata acerca do combate à improbidade administrativa, a Lei 8666/1993 trazendo dentro do assunto ligado aos contratos administrativos e licitação reserva de cláusulas penais à transgressão, a Lei 11529/2011 que se refere à defesa da concorrência, a Lei Complementar nº 135/2010 conhecida como Ficha Limpa, o Código Penal na

previsão de condutas ligadas à relação pública, ou seja, nota-se certa preocupação à prevalência sadia das relações transacionais públicas e privadas.

Debruçando-se às ideias específicas do compliance, Assi (2018, p. 6-7) explica que o referido termo é próprio da língua inglesa, derivado do verbo *to comply*, podendo ser compreendido como cumprimento, obediência, execução consoante ao que fora determinado; sob a ótica empresarial “consiste no dever das empresas de promover uma cultura que estimule, em todos os membros da organização, a ética e o exercício do objeto social em conformidade com a lei”; no contexto corporativo, sócios, acionistas, administradores, fornecedores, clientes, dentre outros parceiros requerem “retidão e transparência das empresas, direcionando-as à remodelação de seus negócios com base nas melhores práticas de governança corporativa, exigindo-lhes maior cuidado no processo de tomada de decisão” (ASSI, 2018, p. 7).

Diante da experiência vivenciada pelo Brasil nos últimos anos em que se acentuou a discussão acerca do rompimento moral e da quebra da confiança institucional, por inspiração também de normas estrangeiras tais como o Ato de Prevenção de Corrupção Estrangeira, nos Estados Unidos, em 1977, o Ato contra a Corrupção em 2010, na Inglaterra, em adequação às exigências traçadas pela ONU e OEA, houve a necessidade de atos comissivos legais inclinados à instigação de mudanças de paradigmas; daí o advento da Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, na tentativa de amenizar os impactos negativos difundidos tanto na sociedade brasileira como na comunidade internacional, conferindo maior responsabilização administrativo-civil às pessoas jurídicas que eventualmente pratiquem ações lesivas contra a Administração Pública.

A Lei Anticorrupção se sustenta, pela leitura do caput do artigo 5º, na defesa de três grandes dimensões ligadas à Administração Pública, quais sejam, o patrimônio público nacional ou estrangeiro, os princípios da Administração Pública e os pactos internacionais dos quais o Brasil seja signatário. A ideologia do compliance encontra-se consolidada no inciso IX do artigo 7º, na medida em que sopesa, na aplicação das sanções correspondentes, eventual existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a utilização efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Deste modo, tal premissa torna-se mais um mecanismo, dentre as inúmeras ferramentas disponíveis, voltado ao movimento solidário de combate à corrupção e da política do oportunismo que estão impregnados na cultura nacional, em todas as esferas, pública ou privada, em respeito à voz da moralidade institucional que ecoa em nosso país.

## 2 GENERALIDADES, ORIGEM E NOVAS DIMENSÕES SOBRE O COMPLIANCE

É possível afirmar que o compliance no contexto moderno foi externalizado aos mais diversos ambientes político-sociais, impondo cada vez mais às pessoas físicas e jurídicas, na esfera pública ou privada, postura conformadora pautada em valores e princípios tendentes à construção de uma sociedade coesa e digna.

O Compliance no âmbito empresarial teve como inspiração a iniciativa de alinhamento globalizado lançado no ano 2000 pelo então secretário-geral da Organização das Nações Unidas, Kofi Annan, na operacionalização de dez princípios universais em área de Direitos Humanos, dentre eles a prerrogativa de que as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, incluindo-se a extorsão e a propina. Tal pacto traçou base principiológica objetivando orientar empresas e funcionários a boas práticas de conduta inclinadas à promoção do crescimento sustentável.

Apesar de originariamente pautada em premissas anticorrupção e contra fraudes corporativas (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 344), o compliance também possibilitou o desenvolvimento de programas específicos em variadas áreas da atividade empresarial atingindo novos patamares. No esteio protetor de valores institucionais, encontra-se a preocupação de tutelas voltadas aos direitos humanos, uma vez que alinhadas às práticas éticas também estão as medidas preventivas ao trabalho infantil, escravo, vexatório com olhar a questões circulantes da órbita trabalhista e de satisfação do mercado consumidor.

Ferreira, Queiroz e Gonçalves (2018, p. 261-262) destacam tal qual aconteceu nos Estados Unidos com o WorldCom, a preocupação do setor empresarial a partir dos grandes escândalos de criminalidade econômica que deu origem na esfera Legislativa ao Sarbanes-Oxley Act de 2002; destacando-se também o caso SIEMENS, na Alemanha, com condenações em face das práticas de corrupção e deslealdade concorrencial. Santos (2011, p. 32) esclarece que o compliance empresarial originou-se nas instituições financeiras, em 1913, com o surgimento do Banco Central Americano, objetivando a estruturação de um sistema seguro, flexível e estável, e, logo após a quebra da Bolsa de Valores em Nova York, com a criação da política econômica intervencionista *New Deal*, propiciando oscilações típicas do ambiente capitalista.

As ideias de compliance perfazem-se na congruência de dois fatores, quais sejam, a busca por práticas éticas e um comando norteador correspondente; no cerne motivacional de tais medidas se alocam fatores fundamentais, se não essencialmente imprescindíveis, à regulação e ao desenvolvimento mercantil, haja vista que em meio a um ambiente competitivo, atuar propiciando ao consumo viés diferencial, de confiabilidade das relações econômicas e sociais, prevenindo-se contra riscos operacionais, reputam-se preponderantes à sobrevivência concorrencial.

Compreender tal inspiração como sujeição institucional a preceitos normativo-legais ao passo em que se dá importância merecida na melhor gestão e nos caminhos a serem percorridos por cada empresa, inserida num mercado concorrencial cada vez mais exigente, impiedoso e excludente – em que os valores da confiança consumista, a formação de novas alianças de mercado e a prevenção de sanções são fatores preponderantes ao sucesso – são premissas moduladoras inaugurais importantes que possibilitam, a partir daqui, analisar este instituto sob a ótica de outros setores da gestão corporativa.

### **3 LEI ANTICORRUPÇÃO E OS IMPACTOS NO ESPAÇO CORPORATIVO**

Numa era tecnológica em que as informações e os procedimentos são processados em velocidade galopante, exige-se o compliance como ferramenta moduladora da atividade empresarial, uma vez que condutas desprezíveis do mercado negocial, quando divulgadas em larga escala – fristem-se ainda as distorções por fakenews – podem ser verdadeiras armadilhas que levam à derrocada do empreendedorismo.

Abreu Junior (2015, p. 26) menciona que o crescimento econômico, a estabilidade política como também a maior importância brasileira no contexto diplomático elevou a imagem do país internacionalmente, o que implicou no aumento da atenção organizacional externa a fatos ocorridos no Brasil. Assim, a corrupção corporativa/governamental que aflige a população “passa a impactar não somente a confiança da sociedade civil em seus governantes e organizações, como também prejudica a imagem brasileira em mercados internacionais.”

Os escândalos internacionais como os acontecidos nos Estados Unidos, no ano de 2001, com as empresas Enron, Xerox, WorldCom e Arthur Andersen motivou a promulgação, no ano seguinte, da Lei Sarbanes Oxley, objetivando-se restabelecer o nível de confiança nas informações geradas pelas empresas em prol da consolidação teórica dos mercados eficientes que guiam os mercados de títulos e valores mobiliários por intermédio de aplicação de sanções a empresas praticantes de condutas avessas às boas práticas.

No mesmo sentido, os atos de corrupção envolvendo a empresa Petrobras no ano de 2013, propiciou o advento da Lei 12.846/13, sendo que em seu artigo 7º, pormenorizou, dentre outros fatores a serem levados em consideração na aplicação de sanções empresariais, em especial no seu inciso VIII, o compliance na efetivação de práticas éticas por intermédio de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivos à denúncia de irregularidades, bem como do proveito efetivo dos correspondentes códigos de ética e de conduta internos. Aliás, Marques (2015, p. 4) já salientava quanto à necessidade de criação de códigos de ética e condutas afins, no âmbito empresarial, para “implementar procedimentos padrões confiáveis e seguros, monitorar o desempenho e a postura profissional, fixar controles e planejamentos internos agindo com correção são apenas alguns dos métodos balizadores de um programa de compliance.”

Planos de conformidade propiciam aos empreendedores o abrandamento de eventuais sanções em face de imprevisíveis práticas vedadas que tenham sido praticadas em ambiente corporativo; empresas atuantes nesse viés proporcionam maior segurança jurídica e econômica aos seus investidores, angariando, por consequência, maior confiança de mercado.

Sob esta orientação o reflexo às relações contratuais entre empresas terceirizadas e fornecedores, cuja dinâmica visa amenizar as chances de se contratar com empresas intransigentes, eis que se depreende de tais operações a responsabilidade solidária integrada ao processo de produção coligado. Magalhães (2013, p. 31) explica ainda quanto à responsabilidade objetiva encabeçada no artigo 1º da Lei 12.846/2013, sendo o compliance uma medida de resguardo aos dirigentes e administradores contra atos indesejados que estejam fora do alcance gestor.

No artigo 5º, incisos, da Lei 12.846/2013<sup>1</sup>, encontram-se elencados os atos considerados

1 Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos

lesivos à Administração Pública, objeto de tutela legal, sendo que no artigo 6º do mesmo encartado estão descritas as sanções administrativas aplicadas às pessoas jurídicas; além da publicação extraordinária da decisão condenatória, a multa que oscila entre 0,1% e 20% do faturamento bruto do último exercício ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, o que demandam prejuízos significativos de receita com impactos inquestionáveis no que respeita à sua capacidade de investimento, melhorias corporativas, gastos com pessoal e futuras contratações.

Para além das sanções administrativas, a responsabilidade judicial estampada no artigo 19 da Lei 12.486/2013, pode implicar em perdimentos de bens, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas por prazo de até cinco anos.

Shirazi (apud ABREU JUNIOR, 2015, p. 28-29) menciona que a corrupção impacta, além da atratividade de capital estrangeiro para investimentos, o próprio desenvolvimento do comércio internacional, cuja competitividade inerente a todos os países, em especial aos emergentes, está relacionada ao volume do comércio e práticas corporativas corruptivas, tornando-se mais importante ainda a discussão acerca do tema, uma vez que o desenvolvimento do comércio internacional está relacionado à confiança de investidores.

Chega-se, por análise do ranking de Comércio Internacional e Indicador Global de Governança (WGI – Worldwide Governance Indicators) desenvolvido pelo Banco Mundial, ao ponto de concluir que o comércio internacional de países como Egito, Rússia e Ucrânia ser mais “positivamente impactado por medidas de combate à corrupção do que por ações visando a redução da carga tributária, adequações na legislação laboral ou, até mesmo, medidas de controle cambial” (SHIRAZI apud ABREU JUNIOR 2015, p. 29), dada a importância que a confiabilidade de condutas e a segurança econômica podem influenciar ao desenvolvimento setorial.

#### 4 PROGRAMAS DE COMPLIANCE E SUAS VÁRIAS APLICAÇÕES

---

aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos:
  - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
  - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
  - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
  - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
  - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
  - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
  - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública (BRASIL, 2013).

O plano ideológico do compliance difunde-se pelas mais diversas esferas do ambiente corporativo, numa visão de responsabilidade empresarial solidária em face das políticas públicas determinadas em atendimento a diversas exigências que correm paralelas, mas interligadas, ao mercado de consumo, atuando de modo a planificar projetos e conciliá-los à amenização de riscos e ao desenvolvimento eficiente, diante da base dúplice de custo-benefício alinhado a inúmeros vieses.

A partir daqui, o escopo do presente trabalho volta-se à abordagem do compliance nos mais variados campos, quais sejam, no administrativo, nas práticas trabalhistas, assim como o compreendido das tomadas de ordem ambiental e o fiscal, em visão inclinada a tais preceitos como coadjuvante institucional favorável ao sucesso organizacional, prevenindo-lhes riscos e evitando danos maiores que eventualmente possam obstacularizar empreendimentos e o seu correspondente crescimento.

Apesar de no âmbito da Administração Pública Direta não haver expressa determinação de práticas de compliance, maior empregado no âmbito privado, é possível notar significativo emaranhado legal de mesma inspiração, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), no Decreto 5.480/2005, que implementa o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, a Lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar 101/2000), a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011, o Decreto 1.171/1994 que estabelece o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e a Lei 12.813/2013, que cuida acerca dos conflitos de interesse do exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal.

Ademais, é possível notá-lo em inúmeros pontos dos mais diversos Estatutos de serviços públicos estaduais; exemplo disso é a Lei paulista nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo), onde em seu artigo 241, inciso XIII, determina aos servidores públicos o dever de estarem em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções. Dispõe também, no artigo 241, variados deveres de ordem ética a serem observados, em especial o de o servidor desempenhar atividades com zelo e presteza e o de representar aos superiores quaisquer irregularidades de que tiverem conhecimento, além dos elencados no artigo 242, incluindo-se a proibição de tratar interesses particulares na repartição e os expressos no artigo 243, em sua grande maioria voltados a vedações do exercício de atividades econômicas, tomando importância o expresso no inciso XI, que lhes incumbe a vedação de se valer de sua qualidade de funcionário para desempenhar atividade estranha às funções ou para lograr, direta ou indiretamente, qualquer proveito (SÃO PAULO, 1968).

Tais preceitos se repetem na Lei 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos da União, das autarquias e das fundações públicas), acrescentando-se dentre outras proibições a estampada no inciso XII do artigo 117 que se refere ao recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie em razão de suas atribuições (BRASIL, 1990).

Na Administração Pública Indireta se destacam alguns fundamentos de conformidade, como na Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias (BRASIL, 2016). No artigo 6º

confere a tais entes o dever de observarem regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão e riscos bem como de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para a sua proteção. Corrobora-se dita ideologia em seu artigo 9º na medida em que assevera a necessidade de adoção de regras de estruturas e práticas de gestão de riscos que abarquem ação dos administradores e empregados, através de controle interno corriqueiro, verificação do cumprimento de obrigações e gestão de riscos, bem como auditoria interna. Tais medidas visam estabelecer padrões desejáveis de confiança organizacional pautado em práticas éticas, seguras e de confiabilidade de mercado.

Outro destaque foi o advento da Lei 13.848, de 25 de junho de 2019, que cuida acerca da gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras. Seguindo a grande onda moral de práticas responsáveis, o artigo 3º, §3º do encartado em apreço dispõe quanto ao dever de adoção por tais entes de práticas de gestão de riscos e controle interno, além de elaborar e divulgar programa de integridade visando a promoção do cumprimento de medidas e ações institucionais que se destinem à prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção (BRASIL, 2019).

Oliva e Silva (2018, p. 2711) lembram ainda que não há um modelo de compliance que possa ser adotado por toda e qualquer pessoa jurídica, já que se trata de um sistema de prevenção de riscos e de respeito à legalidade a que estão, cada qual, afetos às suas correspondentes atribuições, com características e especificidades próprias. O que possibilita a adoção do modelo que mais perfeitamente cumpra o programa proposto, “que melhor se adeque às suas particularidades, desde que seja efetivo e atenda ao objetivo primordial de efetivamente evitar infrações à ordem jurídica e de, uma vez verificadas, contribuir para sua pronta reparação”, retornando ao status de normalidade anterior. A finalidade precípua de prevenção à fraude, com o emprego de condutas estimulantes de diminuição de riscos da atividade “tendo por função primordial evitar a ocorrência de violações às normas legais aplicáveis, bem como ao Código de Ética próprio de cada pessoa jurídica.” (OLIVA; SILVA, 2018, p. 2719).

É plenamente possível o emprego da técnica de compliance na seara trabalhista, como fator gestor de riscos, auditorias, implantação de canais de denúncia e regulamentos internos. França (2018, p. 148) sugere ainda a possibilidade de aproveitamento de ideias extravagantes “facilitadoras das relações corporativas, como a *know your customer* (conheça seu cliente/parceiro) e a *know your employee* (conheça seu funcionário)”, favorecendo o cumprimento de demandas normativas institucionais, respeito à legislação correlata, evitando-se desavenças de ordem interna e prevenção de demandas judiciais, incorporando valores e praxe ética. Num ambiente corporativo cada vez mais competitivo o compliance passa a ser estratégia não somente tendente à obtenção de ganhos de valores, contribuindo cada vez mais à própria sobrevivência da organização no mercado concorrencial (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 5).

França (2018, p. 155) salienta que para a aplicação de um programa em ambiente trabalhista é de grande relevância inicialmente proceder a um levantamento histórico da empresa para verificar a existência de eventual infração outrora cometida, determinando-se o contexto normativo a que

está inserida, analisando-se eventuais riscos, condutas de seus funcionários, elaborando políticas institucionais e regras aos seus colaboradores. Aqui, a importância de treinamento dos trabalhadores voltados às práticas de conformismo instituído por cada empresa na prevenção de riscos.

A noção inovada do compliance extrapola as medidas meramente anticorrupção estampadas na Lei 12.846/2013, tomando dimensões maiores, incorporando inclusive aplicação na esfera ambiental. Exemplo disso foi a criação do selo verde como indicador das relações de consumo que motivou um grande número de empresas a adotarem posturas sob a ótica do desenvolvimento sustentável; ademais a sustentabilidade é fator preponderante à prosperidade e elevação do grau de confiabilidade empresarial, um diferencial positivo no mercado concorrencial no comprometimento corporativo com políticas públicas.

É possível identificar técnicas de compliance no plano ambiental desde 1981, quando da Lei 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, visando traçar objetivos voltados à preservação, melhoria e recuperação ambiental em coadunação ao desenvolvimento socioeconômico com base fundamental da segurança nacional e dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1981).

O artigo 4º, inciso I assevera que a Política Nacional visará o estabelecimento de mecanismos de compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade ambiental e equilíbrio ecológico, impondo àquele que polui ou emprega tomadas predatórias a obrigação de indenizar ou recuperar os danos causados, como também ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos (artigo 4º, inciso VII). Referida lei alcança não somente as atividades empresariais decorrentes da vida pública, mas as praticadas na esfera puramente privada, sendo conduta recepcionada pela vigente Carta Política, no seu artigo 225.

Segal (2018, p. 4) ressalta que em se tratando do compliance ambiental “o mercado tende a exigir cada vez mais condutas éticas, em consonância com normas vigentes, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável”, na condução de seus interesses, com negócios focando desenvolvimento econômico e socioambiental. Argenti (apud MANZI, 2008, p. 39) esclarece que vários são os inconvenientes empresariais em caso de inobservância de normas que eventualmente causem danos ao meio ambiente; além de riscos operacionais, de ordem jurídica ou financeira, a reputação organizacional frente ao mercado pode ser afetada negativamente, seja em face dos consumidores, de seus acionistas, fornecedores e demais clientes em potencial, ainda mais diante de um contexto informacional tão diligente.

Segal (2018, p. 8) ressalta também a possibilidade de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas em caso de concorrência a práticas lesivas dessa monta; reportando-se ao artigo 2º da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) onde disciplina que aquele que de qualquer forma concorra para a prática dos crimes ali previstos incidirá nas penas cominadas na medida de sua culpabilidade, alcançando diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, tendo conhecimento acerca da conduta

criminosa, deixa de impedir a ocorrência quando, a tempo, poderia agir para evitá-la. Frise-se a possibilidade de desconsideração de personalidade jurídica, alcançando as pessoas físicas, intitulada no correspondente artigo 3º, parágrafo único, sempre que for incluído obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados (BRASIL, 1998a).

Richupan (1984, p.38) levanta o infeliz fenômeno mundialmente conhecido em terras onde se habitam os impostos, a sonegação fiscal; que em alto grau é capaz de reduzir “acentuadamente o valor dos incentivos fiscais e afetar o comportamento da alocação de recursos; criar tendências artificiais nos indicadores econômicos, o que pode acarretar respostas políticas inadequadas”, inclusive retardar as tentativas de monetizar economias em países em fase de desenvolvimento, afetando indiscutivelmente a distribuição de renda.

Diante dessa situação, Vitalis (2019) salienta ser imprescindível à consecução de política fiscal adequada aquela que seja hábil de identificar mecanismos voltados à promoção efetiva do comportamento do compliance, na regulação do cumprimento da legislação tributária e, por conseguinte, ao cumprimento das obrigações fiscais correspondentes.

Franzoni (1998) elenca três fatores ligados ao cumprimento do compliance fiscal, sendo eles: a correta declaração sobre a renda tributável, o cálculo correto do passivo e a entrega tempestiva da declaração, acrescentando que a grande problemática está justamente envolta ao primeiro dos fatores. No âmbito fiscal a conformidade se torna bastante importante na medida em que se uma empresa não está em dia com o Fisco, sujeita-se a um emaranhado de sanções, imbuindo-se, assim, da prerrogativa de garantir a redução de riscos, diminuição de custos administrativos com afazeres associados à geração de ônus tributário e arrefecimento de carga tributária sem métodos de sonegação. Considerando que no Brasil há volúveis alterações fiscais cotidianamente, implementar o compliance fiscal no âmbito empresarial pode funcionar positivamente à prevenção de sanções em decorrência de erros de cálculos, atrasos na entrega ou inadimplência tributária. A formação de grupo específico de atualização e monitoramento, bem como o emprego de tecnologias correlatas, inserem-se num plano interessante de política integrativa e de medidas preventivas.

Percorrer em caminhos do non compliance fiscal pode refletir negativamente à imagem organizacional, apresentando pendências perante o Fisco, o que implica em redução do grau de confiança e de credibilidade com pares, inclusive instituições bancárias. Por outro lado, empresas com liquidez ganham forças para novas relações, são beneficiadas com linhas de créditos com juros menores, destacando-se em campos mais prósperos à própria ascensão.

## **5 COMPLIANCE FISCAL, PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E EFICIÊNCIA**

Diante de um sistema tributário brasileiro complexo, amplo e dinâmico, o planejamento tributário passou a atingir um grau de importância cada vez maior no âmbito empresarial. Alinhados ao compliance fiscal e considerando o peso que a carga tributária move em face das atividades econômicas e respectivos resultados, analisar os encargos devidos e identificar as maneiras para otimizar os custos nessa seara, tornou-se fator imprescindível à minimização de impactos negativos

ao funcionamento das empresas, com reflexos diretos de suas receitas.

Maggi (2009, p. 56) ressalta que buscar por procedimentos lícitos de redução de pagamento de tributos, atentando-se a todo instante às mudanças legislativas, torna-se imprescindível à potencialização de lucros empresariais, à manutenção dos negócios e melhorias dos níveis de empregabilidade. Siqueira, Cury e Gomes (2011, p. 185) esclarece que diante de um mercado cada vez mais competitivo, reduzir custos tem se tornado uma necessidade constante e no caso dos tributos “o acompanhamento é algo que se impõe de forma ainda mais premente no que tange aos custos tributários, dado seu fortíssimo incremento nos últimos anos e sua característica de não gerar benefícios diretos às organizações”, colocando a contabilidade tributária como forte aliada ao cumprimento de tais exigências uma vez que são inerentes a essa atividade o conjunto de operações que levam à redução de ônus tributário, cálculo do montante devido, dos pagamentos e recolhimentos, possibilitando com isso um patamar mais elevado de rentabilidade e concorrência.

Planificar medidas e minimizar despesas está intimamente ligada à conceituação basilar da eficiência de dispêndios; Latorraca (2000, p. 37) ainda acrescenta que comumente se denomina planejamento tributário o trabalho das empresas que “desenvolvendo-se de forma estritamente preventiva, projeta os atos e fatos administrativos com o objetivo de informar quais os ônus tributários em cada uma das opções legais disponíveis”, tendo como objeto a economia tributária do qual deve o administrador observar, percorrendo de forma a evitar, sempre que for possível, o procedimento de maior onerosidade. Nas lições de Borges (2000, p. 55), esse planejamento tem por escopo, dentro do contexto empreendedor, a busca pelo “emprego de estruturas e formas jurídicas capazes de bloquear a concretização da hipótese de incidência tributária ou, então, de fazer com que sua materialidade ocorra na medida ou no tempo que lhe sejam mais propícios”; técnicas tais voltadas à exclusão, redução ou adiamento de encargos tributários.

Considera-se, assim, dentro do escopo ético e de comprometimento empresarial com os correspondentes encargos, a ideologia de compliance no engajamento de planos operacionais com técnicas juridicamente híidas, prevenindo a ocorrência de novos ônus, por vezes, desnecessário à realização das atividades com alcance de resultados idênticos, embora praticados de maneiras inteligentes. Vale mencionar que tais mecanismos não remontam às ideias corruptivas tributárias encabeçadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964 (BRASIL, 1964)<sup>2</sup>, uma vez que o que se pretende não é o esquivo das obrigações por fatos já realizados, mas sim a prevenção que não ocorra a incidência material tributável nas ações de produção da atividade empresarial, permitindo que seus agentes possam recorrer preferencialmente, antes da ocorrência do fato gerador, a procedimentos autorizados por Lei que impliquem na redução ou diferimento do impacto fiscal.

2 Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;  
II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72 (BRASIL, 1964).

## 5.1 Custo dos tributos no setor privado

Sandford (apud BERTOLUCCI; NASCIMENTO, 2002, p. 57) explica que os custos de tributos podem ser classificados em três categorias: os impostos que representam sacrifícios de renda para a arrecadação estatal, os custos de distorção por mudanças de comportamento na economia em face da existência de tributos, alterando-se preços dos produtos e, por fim, os custos dos recursos empregados para operacionalizar o sistema tributário, compreendendo aqui os recursos do poder público destinados a legislar, arrecadar, controlar e julgar questões relativas a tributos e os custos de conformidade na tributação que abrangem as pessoas físicas e jurídicas “que têm de cumprir as obrigações principais e acessórias definidas pelo Poder Público e que representam o sacrifício de recursos para atender às disposições legais”.

O objetivo fundamental do planejamento fiscal é prover a economia tributária no âmbito empresarial, Lima e Duarte (2007, p. 9) acrescentam que a finalidade precípua é a redução legal de recursos repassados ao governo, proporcionando à empresa a diminuição de custos tributários o que, levando em consideração o contexto econômico vivenciado pelo mercado de produção, reputa-se importante à permanência em zona de concorrência.

As Pessoas Jurídicas são tributadas por uma das formas de apuração do Imposto de Rendas de Pessoa Jurídica (IRPJ) ou pela Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), por intermédio de opção do contribuinte ou determinação legal, nas variadas modalidades disponíveis. Bisolo e Baggio (2012, p. 197) informam que para optar pela modalidade Simples Nacional o contribuinte deve ser enquadrado como microempresa (aquela que tenha auferido receita bruta igual ou inferior a 360 mil reais/ano-calendário) ou empresa de pequeno porte (aquela que tenha auferido receita bruta superior a 360 mil e menor que R\$ 3.600.000,00 no ano). Nesta dinâmica está compreendido o recolhimento mensal unificado que corresponde a um percentual sobre a receita bruta dos seguintes tributos (IRPJ, CSLL, COFINS, IPI, PIS, ICMS, ISS e CPP – parcela correspondente ao empregador).

Quanto ao lucro arbitrado, refere-se a uma forma coercitiva de apuração do IRPJ e CSLL, substituindo o lucro real ou presumido, podendo ser utilizada quando o contribuinte não possuir escrituração contábil ou fiscal. Nas lições de Fabretti (2009, p. 203) a autoridade tributária poderá fixar o lucro arbitrado através de um percentual sobre a receita bruta, quando conhecida, ou baseado no valor do ativo, do capital social, do patrimônio líquido, da folha de pagamento de empregados, das compras, do aluguel das instalações ou do lucro líquido auferido nos anos-calendários anteriores.

No que respeita o lucro presumido, nos moldes do artigo 13 da Lei 9.718/1998 (BRASIL, 1998b), com alteração dada pela Lei 12.814/2013<sup>3</sup>, reveste-se como meio alternativo de tributação

<sup>3</sup> Art. 13. A pessoa jurídica cuja receita bruta total no ano-calendário anterior tenha sido igual ou inferior a R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou a R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido. (Redação dada pela Lei nº 12.814, de 2013)  
§ 1º A opção pela tributação com base no lucro presumido será definitiva em relação a todo o ano-calendário.

às pequenas empresas até o limite da receita bruta total estabelecida legalmente, tendo por escopo a facilitação do pagamento do Imposto de Renda, uma opção mais vantajosa por presunção de lucro ao invés da lucratividade real; com pagamentos de impostos trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário.

Lizote e Lana (2012, p. 7-10) demonstraram num estudo de caso de uma empresa de pequeno porte situada na cidade de Itajaí/SC, atuante do comércio atacadista de alimentos as diferenças econômicas e os impactos tributários na escolha das modalidades de tributação disponíveis. A opção tributária em 2010 foi pelo Simples Nacional e 100% das compras de São Paulo com vendas totais para o Estado catarinense.

Auxiliados por sócios da empresa e contadores, elaboraram estimativas para o exercício seguinte com base no lucro presumido, ocasião em que foi identificada que a tributação pela sistemática do Simples Nacional foi mais vantajosa à empresa resultando num encargo fiscal menor eis que encargos e índices de preços não haviam sofrido grandes oscilações. O mesmo foi feito pelo lucro real, ocasião em que se verificou uma redução de carga tributária refletindo em maior lucratividade para a empresa, “uma economia média de 1.62% em relação ao faturamento, representando uma economia de R\$ 2.479,00 ao mês”, que num momento de crise pode ser fator preponderante ao enfrentamento de turbulências de mercado, garantindo-se reserva para tomadas futuras que convier à gestão empresarial.

## **5.2 Minimização dos riscos e maximização da eficiência com vistas ao aumento da competitividade**

Diante de todas as vertentes abordadas sobre o compliance, agregado ao fato das exigências mercadológicas valorizarem a higidez de condutas corporativas, comprometimento institucional não somente no alinhamento da Lei e de normas internas em planejamentos estratégicos, mas também com relação à tutela de direitos sociais, aqui incluídos a preservação do meio ambiente, do respeito aos trabalhadores e nas relações empresariais com seus pares transacionais, incluídos fornecedores, terceirizados e consumidores, transparecer tais práticas, num ambiente informacional tão vultoso, dinâmico e acelerado, reputa-se fator preponderante ao sobressalto dentro no mercado competitivo.

Vello e Martinez (2014, p. 119) informam que no Brasil, conforme dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, houve um aumento significativo da carga tributária entre os anos de 2000 e 2010, subindo de “30,03% para o representativo valor de 35,04% do Produto Interno Bruto (PIB). O aumento nominal da arrecadação em 2010, em relação ao ano anterior, foi recorde, alcançando 17,80%”. Além disso, multas por danos ambientais e indenizações também nas esferas trabalhistas, práticas de corrupção interna impactam não somente o orçamento empresarial, mas a possibilidade de desenvolvimento institucional, investimento em melhorias e

---

§ 2º Relativamente aos limites estabelecidos neste artigo, a receita bruta auferida no ano anterior será considerada segundo o regime de competência ou de caixa, observado o critério adotado pela pessoa jurídica, caso tenha, naquele ano, optado pela tributação com base no lucro presumido (BRASIL, 2013).

paridade competitiva.

Macedo (2018, p. 16) explica que os riscos podem ser definidos como “eventos futuros incertos com potenciais impactos em fluxos de caixa, rentabilidade, retorno para o acionista, perda de mercado e reputação”, essencialmente incorporam-se como sinal de perigo, insucesso, cuja ocorrência independe da vontade inicialmente traçada pelas empresas. O grande desafio de gestão é justamente identificar até que ponto tais incertezas são aceitáveis, definindo a extensão que tais barreiras podem assumir em face dos objetivos empresariais e influência na agregação de valores futuros.

Diante desses fatores a serem considerados, o compliance assume importante papel à minimização de riscos, maximizando as metas empresariais de maior produtividade, aumento de receita, lucratividade, propiciando a instalação de um ambiente favorável ao alcance de suas metas e destaque mercadológico, “o mercado atual exige empresas competitivas que saibam se planejar com eficiência.” (VELLO; MARTINEZ, 2014, p. 119). O controle interno é outro fator relevante à eficiência da empresa e consequente destaque competitivo, Sá (2002, p. 106) salienta que a prática avaliativa do controle corporativo “é, pois, o processo auxiliar de auditoria através do qual medimos a capacidade dos meios utilizados por uma empresa ou instituição para proteger seu patrimônio e os objetivos deste”.

Scott (1992, p. 160) entende que as organizações, no momento atual, “não existem e competem como unidades individuais autônomas, mas como membros de amplos sistemas”. É justamente esse fato que indica a necessidade de concepção do compliance como instrumento sistêmico de ganho de competitividade, sendo assim fundamental para as organizações.

Slack, Brandon-Jones e Johnston (1997) definem cinco fatores que contribuem para a vantagem competitiva das organizações: confiabilidade; custo; flexibilidade, qualidade e velocidade. Esses fatores seriam fundamentais para que as organizações atingissem graus de competitividade satisfatórios. Observa-se assim que a questão da confiabilidade encontra-se umbilicalmente relacionada a implementação de programas de conformidade.

Sobre o tema, destacam Darlan José Roman *et al.* (2012, p. 32):

O estudo dos fatores de competitividade é importante para que se consiga o método adequado para o desenvolvimento de produtos e processos, com a utilização das melhores práticas para excelência em custos, em qualidade e em prazo, e para que se possa capturar as necessidades dos consumidores, para que estas sejam atendidas via o produto oferecido. A observação dos fatores críticos é indispensável para que a organização consiga desempenhos melhores, atendendo, assim, às exigências de sua missão.

Assim, não se pode duvidar que para a implementação de um programa de conformidade empresarial, deve haver estudo dos fatores de competitividade, de forma a alcançar um melhor foco nas práticas que devem ser adotadas, observando os fatores críticos particulares de cada organização.

## CONCLUSÃO

Diante todos os apontamentos discorridos no presente estudo, pode-se concluir que a corrupção é prática bastante antiga e já há tempos é discutida e repreendida com inúmeras medidas normativo-legais visando propiciar um ambiente de hígidez e boas práticas.

Nota-se que no domínio corporativo, condutas afetadas por mecanismos fraudulentos podem refletir negativamente nos empreendimentos econômicos, agravado diante de um ambiente informacional tão célere e impiedoso, em que o mercado consumidor sopesa e exige valores primordiais que proporcionem segurança jurídica e comprometimento aos preceitos legais, responsabilidade social e favorecimento à promoção de políticas públicas.

Verifica-se que o compliance, embora revestido sob outros preceitos de ordem ética no ordenamento jurídico, ganhou corpo há pouco tempo, relativamente, definindo-se e ocupando espaço exclusivo nos mais diversos setores organizacionais, seja público ou privado, apesar de ser mais destacado no âmbito empresarial; hoje é fundamental.

É possível afirmar que em berço corporativo, o compliance assumiu papel preponderante ao resguardo das empresas contra riscos da seara trabalhista, ambiental e administrativa, sendo capaz de minimizar gastos desnecessários, prevenir empreendedores de multas, ações judiciais e indenizações por práticas eventualmente realizadas por seus pares, mas que não estejam em conformidade aos ditames norteadores institucionais.

O planejamento tributário, quando alinhado ao compliance fiscal, potencializa a capacidade empreendedora, favorecendo empresas ao aumento da competitividade, maior economia de suas receitas e reserva de caixa que pode ser destinado tanto à segurança corporativa em tempos de mercado conturbado, como à realização de novos investimentos e conseqüente crescimento e aprimoramento das atividades desenvolvidas.

Conclui-se, por derradeiro, que a prática da conformidade, em especial o compliance fiscal, figura-se instrumento fundamental à minimização de riscos e aumento da competitividade, inclusive à recuperação da opinião externa e comprometimento do mercado nacional no cumprimento de regramentos e confiabilidade de ambiente pautado na integridade e na segurança de investimentos, com resgate da economia e atratividade de novos capitais.

## REFERÊNCIAS

ABREU JUNIOR, Rudinei Machado de. **Lei anticorrupção brasileira: o impacto nas estruturas de governança corporativa das instituições financeiras do Estado do Rio Grande do Norte**. 2015. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Florianópolis, 2015.

ASSI, Marcos. **Compliance como implementar**. São Paulo: Jurídicos Trevisan, 2018.

BERTOLUCCI, Aldo V.; NASCIMENTO, Diogo Toledo do. Quanto custa pagar tributo? **Revista Contabilidade e Finanças - USP**, São Paulo, v. 13, n. 29. p. 55-67, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rcf/article/view/34074/36806>. Acesso em: 24 out. 2019.

BISOLO, Tanise; BAGGIO, Daniel Knebel. Planejamento tributário: estudo do regime tributário menos oneroso para indústria. **Revista de Administração IMED**, Passo Fundo, v. 2, n. 3. p. 195-206, 2012. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/raimed/article/view/250>. Acesso em: 24 out. 2019.

BORGES, Humberto Bonavides. **Gerência de impostos: IPI, ICMS e ISS**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm). Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm). Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras [...]. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm). Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4502.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4502.htm). Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei 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. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm). Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1998a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998**. Altera a Legislação Tributária Federal. Brasília: Presidência da República, 1998b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9718compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9718compilada.htm). Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei 9.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1981. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm). Acesso em: 24 out. 2019.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Contabilidade tributária**. 11. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul-set. 1991. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>. Acesso em: 24 out. 2019.

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves. Análise econômica do direito e o compliance: apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 259-276, jan-abr. 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8455>. Acesso em: 24 out. 2019.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 147-169. jan-jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revista/article/view/5090>. Acesso em: 24 out. 2019.

FRANZONI, Luigi Alberto. **Tax evasion and tax compliance**. Sep. 1998. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=137430](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=137430). Acesso em: 24 out. 2019.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GABARDO, Emerson; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A & C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 60, p. 129-147, abr-jun. 2015. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorrupcao-compliance.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR. Curitiba, 2014.

LATORRACA, Nilton. **Direito tributário**: imposto de renda das empresas. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LIMA, Francineide Borges; DUARTE, Ana Maria da Paixão. Planejamento tributário: instrumento empresarial de estratégia competitiva. **Qualitas Revista Eletrônica**, Campina Grande, v. 6, n. 1. p. 1-24. 2007. Disponível em: <http://revista.uepb.edu.br/index.php/qualitas/article/view/106>. Acesso em: 24 out. 2019.

LIZOTE, Suzete Antonieta; LANA, Jeferson. A importância do planejamento tributário para a lícita redução dos tributos e otimização dos lucros. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA- SEGT, 9., 2012, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: SEGT, 2012. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos12/1021676.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

MACEDO, Emerson Lima de. **Controles internos**: percepções de gestores de negócio e de

compliance sobre sua utilização como instrumento de competitividade. 2018. Dissertação (Mestrado em Gestão para Competitividade) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013). **Revista Controle: Doutrinas e Artigos**, Ceará, v. 11, n. 11, p. 24-46. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167712>. Acesso em: 24 out. 2019.

MAGGI, Luiz. **Planejamento contábil e tributário**. Belo Horizonte: Fumarc, 2009.

MANZI, Vanessa Alessi. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: 2008.

MARQUES, Carolina Barbosa. Lei anticorrupção e seus reflexos práticos para empresas exportadoras, terceirizadas e órgãos públicos. *In*: CONIC-SEMESP, 15., 2015, Ribeirão Preto. **Anais [...]**. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto, 2015. Disponível em: <http://www.conic-semesp.org.br/anais/files/2015/trabalho-1000019134.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

NOONAN JUNIOR, John T. **Subornos**. Tradução de Elsa Martins. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989.

OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre o compliance no direito brasileiro. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2708-2729, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33843>. Acesso em: 24 out. 2019.

RICHUPAN, Somchai. Mensuração da sonegação fiscal. **Finanças e Desenvolvimento**, Belo Horizonte, v. 4, n. 4, p. 38-40, 1984. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/fdesenvolvimento/article/view/62446/60565>. Acesso em: 24 out. 2019.

ROMAN, Darlan José; PIANA, Janaina; LOZANO, Marie Anne Stival Pereira e Leal; MELLO, Nelson Ruben de; ERDMANN, Rolf Hermann. Fatores de competitividade organizacional. **BBR - Brazilian Business Review**, Vitória, v. 9, n. 1, p. 27-46, 2012.

SÁ, A. Lopes de. **Curso de auditoria**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Renato Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. 2011. Dissertação (Mestrado em Administração) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2011.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Lei 10.261/68, de 28 de outubro de 1968**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html>. Acesso em: 24 out. 2019.

SCOTT, W. Richard. The organization of environments: network, cultural, and historical elements. *In*: MEYER John W.; SCOTT W. Richard (ed.). **Organizational environments: ritual and rationality**. London: Sage Publications, 1992.

SEGAL, Robert Lee. Compliance ambiental na gestão empresarial: distinções e conexões entre compliance e auditoria de conformidade legal. **Reasu: Revista Eletrônica de Administração da Universidade de Santa Úrsula**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1-22, 2018. Disponível em: <http://revistas.icesp.br/index.php/REASU/article/view/389>. Acesso em: 24 out. 2019.

SIQUEIRA, Eurípedes Bastos; CURY, Lacordaire Kemel Pimenta; GOMES, Thiago Simões. Planejamento tributário. **Revista CEPPG**, Catalão, v. 2, n. 25, p. 184-196, 2011. Disponível em: [http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/51c23e8670bb3aeef7da564aa767d33b.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/51c23e8670bb3aeef7da564aa767d33b.pdf). Acesso em: 24 out. 2019.

SLACK, Nigel; BRANDON-JONES, Alistair; JOHNSTON, Robert. **Administração da produção**. São Paulo: Atlas, 1997.

VELLO, André, MARTINEZ, Antonio Lopo. Planejamento tributário eficiente: uma análise de sua relação com o risco de mercado. **Revista Contemporânea de Contabilidade - UFSC**, Florianópolis, v. 11, n. 23. p. 117-140, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/contabilidade/article/view/2175-8069.2014v11n23p117>. Acesso em: 24 out. 2019.

VITALIS, Aline. Compliance fiscal e regulação fiscal cooperativa. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 1, 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322019000100202&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322019000100202&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 24 out. 2019.

**Como Citar:** OLIVEIRA, Bruno Bastos de. GERMINARI, Jefferson Patrick. Compliance fiscal: diminuição de riscos e aumento de competitividade no mundo corporativo. **Scientia Iuris**. Londrina, v.24, n.1, p. 78-98, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p78. ISSN 2178-8189.

Recebido em 20/11/2019

Aprovado em 14/02/2020

**DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIEDADE E O SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: OBSERVANDO A ATUAÇÃO DA CORTE  
NO CONTROLE ABSTRATO**

ECONOMIC RIGHTS, SOCIETY AND THE BRAZILIAN SUPREME  
COURT: OBSERVING THE COURT'S ABSTRACT JUDICIAL  
REVIEW PERFORMANCE

**Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros\***

**Como citar:** BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Direitos econômicos, sociedade e o supremo tribunal federal: observando a atuação da corte no controle abstrato. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 99-123, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p99. ISSN 2178-8189.

\*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pós-Doutorando pelo Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (IRI-USP). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) com período sanduíche na University of Califórnia, Los Angeles. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Email: marcoloschiavo@gmail.com

**Resumo:** Este texto examina a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas no ordenamento em relação à proteção dos direitos econômicos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por meio da apresentação de uma amostra de julgamentos da corte sobre a matéria, observa-se a operação decisória do tribunal, bem como são delimitados alguns aportes sociológicos que servem como ponto de partida para a reflexão sobre a relação entre o tribunal e a sociedade. Questiona-se: (i) O que autoriza juízes (não eleitos) a implementar políticas econômicas que são necessariamente premissas para um efetivo gozo dos direitos fundamentais? (ii) Afinal, na prática, tribunais são institucionalmente capazes de lidar com as complexas questões técnicas e políticas que permeiam este tema? Na primeira indagação, discute-se a legitimidade dos juízes; na segunda, são trazidas a lume questões internas sobre a estrutura e a operação dos tribunais. No final, considerando o caso brasileiro, o texto indica as dificuldades de o Supremo Tribunal Federal gerir as incertezas jurídicas da economia, que, por vezes, acarreta maior turbulência social e, simultaneamente, revela a necessidade de uma maior abertura para a inovação e a cooperação entre as organizações sociais do direito.

**Palavras-chave:** Direitos econômicos. Supremo Tribunal Federal. Sociologia do Direito. Decisão.

**Abstract:** This paper examines the role of Brazil's Supreme Court from an abstract judicial review because it helps to protect economic rights guaranteed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. From an empirical examination of court judgments regarding economic rights, it is possible

to understand the decision-making-process, as well as some sociological contributions that serve as a starting point for an important reflection between court and society. This study address two main questions: (i) What authorizes (unelected) Brazilian judges to implement economic policies that are necessary for the effective enjoyment of fundamental rights? (ii) Moreover, in practice, are courts institutionally capable of dealing with the complex technical and political issues that permeate this theme? The first question deals with the issue of the legitimacy of judges; and the second question highlights internal questions about the structure and operation of Brazilian courts. Finally, considering Brazil as a nation, this paper indicates the difficulties of the Brazilian Supreme Court in managing legal uncertainties that may impact the economy, sometimes causing even greater social turmoil and, at the same time, reveals the need for openness of the legal system in regards to innovation and cooperation between the many social institutions of law.

**Keywords:** Economic rights. Supreme Federal Court. Sociology of Law. Decision.

## INTRODUÇÃO

O direito econômico é um ramo jurídico de difícil definição em virtude da variedade e abrangência de seu conteúdo, cujo desenvolvimento foi constatado no início do século XX. Ao longo da história é possível notar diferentes experiências qualificadas como “econômicas” pelo sistema jurídico, tais como: direito do desenvolvimento; direito do planejamento econômico; direito da concorrência ou, ainda, direito da regulação dos mercados.<sup>1</sup>

Para algumas perspectivas mais radicais - como a posição do jurista italiano Francesco Carnelutti - a vinculação entre direito e economia é, em verdade, uma constatação de origem já que a guerra, a propriedade e o contrato podem ser reputados como fenômenos econômicos antes de serem jurídicos. A tarefa, então, de definir um conteúdo para o direito econômico perde propósito já que qualquer matéria jurídica possui sempre um fundo econômico na sociedade.

A despeito da dificuldade de encontrar uma definição última sobre direito econômico prevalece um ponto em comum em relação a todas as experiências mencionadas: o direito econômico viabiliza o tratamento jurídico de uma política econômica e, com efeito, dos agentes (públicos e privados) que dela participam.<sup>2</sup> Este texto argumenta que o direito econômico é uma área transformadora do direito, pois, exige, a todo o momento, das organizações jurídicas uma revisão sobre como a adjudicação deva ocorrer para zelar uma política econômica.

Assim, para decidir sobre demandas envolvendo direitos econômicos, a autoridade necessita saber primeiro como operar com o fato econômico, seja via exame da eficiência (*eg.*, análise econômica do direito), mas também por meio de outras metodologias jurídicas e extrajurídicas. O desafio é entender como o direito traduz o fato econômico, eventualmente produzindo uma nova comunicação e delimitando uma nova fronteira entre os sistemas jurídico, político e econômico - em verdade, esta definição dos limites requer a observação das operações das organizações jurídicas.<sup>3</sup>

Desde 1934, durante o governo de Getúlio Vargas, observou-se a constitucionalização dos direitos econômicos no país. Isto significa que no Brasil, o direito é tanto forma prioritária e superior de organizar a ordem econômica (art. 170, CF/88), mas também meio de realizá-la por meio de políticas econômicas constitucionais - basta considerar as políticas de redução das desigualdades regionais (art. 3º, II e III da CF/88), da política urbana (art. 182, da CF/88), da política agrícola e fundiária (art. 184 e seguintes, da CF/88) ou da política de incentivo a micro

1 As normas de direito econômico disciplinam desde ações para o desenvolvimento, como a elaboração de planos econômicos, dirigindo-se à toda a coletividade, mas também se reservam a proteger direitos subjetivos individuais, por exemplo, ao possibilitar as operações de fusões e aquisições nos mercados ou ao reprimir o abuso de poder econômico de um dado agente econômico.

2 Vale resgatar Carnelutti (2001, p. 37) ao afirmar que “o contato é um instrumento jurídico sem o qual não poderiam atuar as duas formas fundamentais da colaboração econômica: o intercâmbio e a associação. Os dois contratos típicos, sob este aspecto, são a venda e a sociedade, mas em torno deles veio florescendo e constantemente germina novamente uma flora contratual maravilhosamente rica”. A “flora contratual” mencionada pelo jurista italiano pode representar justamente a questão do tratamento jurídico da economia (*ie.*, área da interpretação e argumentação jurídica), ponto tematizado neste texto.

3 Fábio Konder Comparato (2012, p. 472), observando a peculiaridade em relação ao método de aproximação entre direito e economia retrata com precisão o chamado “indispensável direito econômico”, pois “o surgimento do direito econômico representa um estímulo constante ao aperfeiçoamento das instituições jurídicas em função de seus objetivos concretos. A compreensão do direito como técnica incita à crítica e à renovação incessante do direito positivo”.

e pequenas empresas (LC 123/2006). Estas políticas inseridas no texto constitucional, definem-se por normas constitucionais programáticas, que estabelecem objetivos e metas que devem ser concretizadas pela Administração Pública.

Todavia, nas últimas décadas, o que se observou foram uma série de dificuldades na concretização dessas normas, revelando uma tensão entre os sistemas sociais e mediadas por diferentes operações organizacionais: tribunais; bancos; Estados e empresas estão imbricados a partir de diferentes relações jurídicas, com o intento de assegurar a ordem econômica.

Os tribunais, por exemplo, se transformaram num importante centro decisório destas políticas no país. Desde a superação da cultura dos juízes “boca da lei”, com o progressivo aumento de legislações que autorizam expressamente uma integração via argumentação e interpretação judicial na aplicação da lei, consolidou-se a discussão sobre ativismo judicial vis-à-vis judicialização da política,<sup>4</sup> o que também releva uma discussão de fundo sobre os limites e o papel dos juízes na sociedade.

Qual é o papel dos tribunais em relação à efetivação dos direitos econômicos? De um lado, o ativismo enfatiza o exame dos comportamentos dos juízes. Argumenta-se que “é uma estratégia mais expansiva e proativa de interpretação do direito, usada pelos juízes para maximizar o sentido e o alcance das normas constitucionais.” (FARIA, 2017). Ativismo é uma visão exógena do papel dos juízes, que combina com o diagnóstico sobre a omissão e a ineficiência da atuação dos demais poderes do Estado, e que, em tese, justificaria a conduta proativa dos juízes em protegerem os direitos fundamentais ao julgarem os casos. Do ponto de vista do direito econômico, tal posição impõe a autoridade um ônus argumentativo maior já que implica em construção e aplicação de métricas que viabilizem o exame das consequências econômicas da decisão.

Do outro lado, a judicialização da política enfatiza a constante ampliação da forma do direito na sociedade, que, por sua vez, significa a juridificação de todo e qualquer problema social. Destaca-se que “é um fenômeno resultante da crescente complexidade socioeconômica do país, o que obrigou a Constituição a ter de tratar de uma ampla gama de matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária” (FARIA, 2017).

Judicialização é uma visão endógena do papel dos juízes, que se ajusta com o diagnóstico da transformação da legislação e da interpretação jurídica no interior do direito após a promulgação da CF/88. Cada vez mais se observa a positivação de textos legais abertos e flexíveis no país, que se valem de diretrizes e princípios jurídicos para orientar a solução dos casos – como é o caso do princípio da liberdade econômica, base central que protege a ordem econômica brasileira via a livre iniciativa e a liberdade de trabalho.<sup>5</sup>

4 Para uma apresentação completa desta transformação veja Ferraz Junior (2014).

5 É possível interpretar esse movimento à luz do fenômeno do hiperpluralismo indicado por Karl-Heinz Ladeur (2016) ao mencionar o incessante alargamento de funções estatais que exige novas intervenções, bem como criam novos problemas de regulação. Diz o jurista alemão: “[...] em todos os países industrializados do ocidente, o pluralismo clássico do Estado Social, que se baseava nos grandes grupos sociais representativos, encontra-se em ruínas. Seu lugar é tomado por uma multiplicidade de pequenos grupos operantes e bem organizados de novos processos da fragmentação de interesses, aos quais também se acrescentam, crescentemente, o próprio interesse de funcionários públicos e de seus clientes na conservação de “deveres de proteção” exigidos por programas de assistência. Com essa constatação, não se trata de depreciar a legitimação política do legislador. Trata-se, entretanto, de conferir mais contornos às constituições intrínsecas da auto-organização social da econômica, dos meios de comunicação etc., que

Tais perspectivas podem ser consideradas como faces da mesma moeda, pois a discussão de fundo tanto no ativismo como na judicialização é a ampliação do poder judicial na sociedade<sup>6</sup> e, no caso desse texto, esta discussão está relacionada com a questão sobre como o direito traduz o fato econômico. O problema é entender, então, como e o que esta ampliação representa à luz dos casos concretos.

Para alguns autores (GARGARELLA; DOMINGO; ROUX, 2006), é possível aceitar esta ampliação na medida em que representaria o aumento do acesso à justiça. O ativismo poderia supor, por exemplo, uma maior aproximação dos juízes com a sociedade, pois ao observar que, agora, qualquer cidadão pode recorrer ao tribunal para proteger os seus direitos fundamentais, aí incluído o controle de políticas públicas que foram constitucionalizadas. A dificuldade estaria, então, em formular desenhos institucionais ótimos que assegurem o acesso prioritário de demandas mais graves e concretize a igualdade material de maneira eficiente na sociedade.

Outros autores (TUSHNET, 1999; WALDRON, 2014) seguem uma linha mais crítica em relação à ausência da legitimidade democrática para justificar este aumento dos poderes dos juízes. Subjacente à posição está a defesa da regra da maioria dos mandatários vis-à-vis as decisões judiciais. Discute-se, portanto, o papel contramajoritário dos juízes e as limitações que este papel impõe na articulação com os outros poderes do Estado, inclusive alertando para o risco de um governo dos juízes.

Este texto adota um outro caminho. Acredita-se que a sociologia jurídica pode revelar novas tensões não debatidas por entusiastas do ativismo ou da judicialização em relação à efetivação dos direitos econômicos. Sustenta-se que, na visão sociológica, sobretudo de raiz sistêmica, o interesse recai na observação da fixação dos limites do sistema do direito em relação ao ambiente social, bem como da constatação das operações organizacionais que transitam entre diferentes subsistemas sociais e produzem uma comunicação diferenciada em relação ao direito econômico.<sup>7</sup>

Por sinal, estas operações organizacionais confirmam a aquisição e transformação do conhecimento na sociedade, pois “direitos fundamentais como direito subjetivo tem efeitos transubjetivos bastante importantes que residem na autonomia da auto-organização dos âmbitos sociais funcionais (economia, mídia, artes etc.)” (LADEUR, 2016, p. 199). Isto exige entender que a prestação desses direitos não depende apenas na centralização da atuação do Estado, mas, em verdade, na observação da auto-organização da sociedade em diferentes âmbitos funcionais via o desenvolvimento de um direito cooperativo e inovador.<sup>8</sup>

Afirma-se que o tema do ativismo ou da judicialização é, na verdade, um debate sobre os

são garantidas por meio de direitos fundamentais.” (LADEUR, 2016, p. 139).

6 Veja a discussão apresentada por Nobre e Rodriguez (2011).

7 Em *Direito da Sociedade* Niklas Luhmann (2016, p. 274-281) - importante representante da sociológica sistêmica - já indicava isto quando sustentava a transformação da organização do tribunal na sociedade, que cada vez mais passou a assumir a centralidade do sistema para se isolar cognitivamente, mas também para assegurar o fechamento operativo do sistema. Qualquer tipo de demanda ensejaria uma decisão judicial, garantida pela vedação do *non liquet*.

8 Para algumas leituras é o caso de resgatar e complementar o modelo clássico liberal de direito, diz Ladeur (2016, p. 197): “Quando o Estado age de forma não paternalista, ele almeja distanciar-se da realidade produzida pela sociedade. Portanto, uma concepção liberal de direitos fundamentais, conseqüentemente, deveria perguntar-se se e até que ponto a sociedade (pós) moderna realmente se transformou e como o Estado e a Ordem Jurídica reagiriam a tal transformação, porém sem pressupor as tarefas de distribuição e alocação de forma incontestada e irrefletida.”

limites estabelecidos pelo sistema jurídico, que são revistos a todo instante quando o juiz decide as controvérsias. O interesse, portanto, reside na observação sociológica da argumentação jurídica, que deve ser parte integrante de uma teoria social que observa, simultaneamente, a autodescrição do direito e a da sociedade.

Este texto não busca defender modelos ou programas decisórios, mas busca compreender como estes limites são delineados pelos juízes no âmbito decisório de demandas envolvendo direitos econômicos no Brasil. Como será visto, ponto de destaque é entender o desenvolvimento de uma argumentação consequencialista nos tribunais, orientada para verificar os efeitos em disputa. Para tanto, este texto se vale de uma pesquisa jurisprudencial acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), no controle abstrato de normas no ordenamento em relação à proteção dos direitos econômicos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), nos últimos trinta anos (1988-2018) de atuação desta corte.

Por meio da apresentação de uma amostra de julgamentos sobre a matéria, discute-se o comportamento decisório do tribunal, bem como são delimitados alguns aportes sociológicos que servem como ponto de partida para refletir sobre a relação entre o tribunal e a sociedade no país. Questiona-se: (i) O que autoriza juízes (não eleitos) a implementar políticas econômicas que são necessariamente premissas para um efetivo gozo dos direitos à saúde, educação, habitação entre outros? (ii) Afinal, na prática, tribunais são institucionalmente capazes de lidar com as complexas questões técnicas e políticas que permeiam este tema?

Na primeira indagação, discute-se a legitimidade dos juízes; na segunda, são trazidas a lume questões internas sobre a estrutura e a operação dos tribunais. No final, considerando o caso brasileiro, o texto indica as dificuldades de o STF gerir as incertezas jurídicas da economia, que, por vezes, acarreta maior turbulência social e, simultaneamente, revela a necessidade de uma maior abertura para a inovação e a cooperação entre as organizações sociais do direito.

## 1 NOTAS METODOLÓGICAS

Para discutir o tema da fixação dos limites do direito pelos juízes, o texto se vale de uma pesquisa jurisprudencial. A amostra é composta por julgados extraídos do STF; a opção por este tribunal justifica-se por sua posição como órgão de sobreposição responsável por assentar o entendimento e a interpretação do direito brasileiro, proferindo a última decisão nas matérias de sua competência, além da própria interface de uma corte constitucional em razão do acoplamento estrutural entre direito e política numa leitura sistêmica.

Diante deste recorte institucional, optou-se por trabalhar com a adjudicação de julgados referentes à aplicação de direitos econômicos assegurados constitucionalmente. Por direitos econômicos entendem-se temas relativos às normas de regulamentação da economia afetas às políticas cambial, monetária, salarial e de preços; e direitos sociais são casos conexos aos direitos da ordem social. Estes temas foram selecionados em razão da grande quantidade de normas programáticas que fixam objetivos e regras a estes direitos.

Vale destacar que no âmbito do direito econômico o STF se tornou verdadeiro protagonista em razão da proteção do Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”, da CF/88. Recentes julgados da corte viabilizam o exercício da atividade econômica em face de novas relações de produção, consagrada no país por meio da livre iniciativa e da liberdade profissional. Importante exemplo foi a decisão que protegeu a operação de serviços remunerados de transporte de passageiros por aplicativos em face da coerção arbitrária por parte do Estado (BRASIL, 2019).

Procedeu-se, ainda, a um recorte processual, selecionando-se apenas casos de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADI por omissão, ADC e ADPF) e com decisão já transitada em julgado, incluindo julgamentos monocráticos. Esta limitação é necessária em decorrência da quantidade de casos disponíveis, embora se admita a possibilidade de recortes por outros meios, sobretudo o recurso extraordinário.<sup>9</sup> O respeito pelo trânsito em julgado é importante para que sejam analisados os argumentos vencedores e a eventual estabilidade das decisões da Corte diante de situações anteriores similares.

Cumprir lembrar que não se pretende, aqui, esgotar e codificar todos os casos possíveis nem apresentar uma palavra final sobre a adjudicação de direitos econômicos pelo STF. O interesse reside em verificar como os juízes fixam os limites do direito, por isso acredita-se que a observação sobre como os argumentos consequencialistas são mobilizados em algumas situações seja suficiente para indicar este propósito.

Em muitos casos de adjudicação de direitos econômicos, o juiz, ao decidir, acaba considerando em alguma medida as consequências de sua decisão de diferentes maneiras, seja para enfrentá-las ou não na solução da demanda. Admite-se, neste texto, que uma das formas de raciocínio jurídico é a que se desenvolve por meio dos argumentos de consequência ou do argumento consequencialista, aquele operado pelo tribunal a partir das consequências da decisão, independentemente do que tenha sido admitido e avaliado pela decisão.

Ao observar e analisar a crescente utilização de argumentos consequencialistas em juízo, é possível precisar o fenômeno da expansão da atuação dos juízes e tribunais para além do direito e compreender os efeitos da expansão da sua operação em outros sistemas (*i.e.*, econômico e político). Destarte, a amostra abrange jurisprudência do STF sobre controle concentrado de constitucionalidade relativo a direitos econômicos e sociais com repercussões econômicas com decisão transitada em julgado, incluindo julgamentos monocráticos, no período de 1988 a 2016. A partir desta delimitação, a busca realizou-se pela inclusão de palavras-chave no link “Pesquisa de Jurisprudência” do site do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>), especificamente os termos “política cambial”, “monetária”, “salarial” e de “preços”, “ordem social”, “saúde”, “educação”, “cultura” e “seguridade social”. Após a filtragem, a amostra foi comparada e ajustada com duas contraprovas.<sup>10</sup>

9 Sublinhe-se, inclusive, que muitos casos de controle de constitucionalidade acontecem de forma concreta e difusa pelos recursos extraordinários, o que não se discute no texto.

10 As contraprovas utilizadas foram o banco de dados do STF na área “Estatística do STF/Controle

Os resultados de controle concentrado com decisão final totalizam 3.045 casos, dos quais 301 (aproximadamente 10%) formam a população amostral da pesquisa:

**Tabela 1 - Casos analisados**

Casos analisados por tipo de controle			
281 ADIs	4 ADIs por omissão	2 ADCs	14 ADPFs

Fonte: Autor

A população amostral foi tabulada segundo os códigos construídos para extração do resultado, elaborados para responder às perguntas da pesquisa e atingir o objetivo deste texto. Os campos foram preenchidos com leitura do inteiro teor de todas as decisões finais (a última decisão de mérito), fossem elas acórdãos ou decisões monocráticas. Além dos dispositivos, foram considerados na leitura todos os votos disponibilizados por cada Ministro. Não se pode perder de vista que ações de controle de constitucionalidade comportam medidas cautelares, decisões finais (monocráticas ou colegiadas), embargos declaratórios e decisões em agravo regimental; por isso, houve o cuidado de observar se em tais atos existia algum argumento importante a ser analisado.<sup>11</sup>

Destarte, o texto apresenta o banco de dados e a análise quantitativa a fim de possibilitar uma observação crítica dos julgados. O banco de dados permitiu extrair padrões sobre como o STF atua em casos que exigem o exame de circunstâncias fáticas e de efeitos de programas governamentais, bem como compreender como a corte se comportou ao longo das últimas décadas. No final, o texto aponta, em termos sistêmicos, a própria autodescrição produzida pela corte, indicando os diferentes limites do sistema jurídico brasileiro traçados pelos próprios Ministros.

## 2 ANÁLISE QUANTITATIVA DA AMOSTRA

Os temas da amostra incluem preponderantemente casos de direito econômico, em relação aos casos de direito social com repercussão econômica.

### Figura 1 - Tema

Fonte: Autor

A busca resultou em 252 casos de direito econômico vis-à-vis 49 de social com repercussão econômica. Numa subdivisão, as principais controvérsias no campo econômico versavam sobre regulação da atividade econômica, sistema de consórcios e sorteios e consumo (figura 2).

concentrado” (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>) e o banco de dados da pesquisa de Oliveira (2016).

<sup>11</sup> Deve ser lembrado que as ações de controle de constitucionalidade podem apresentar medidas cautelares, decisões finais (monocráticas ou colegiadas), embargos declaratórios e decisões em agravo regimental. Neste caso adotou-se o cuidado de observar se em tais atos existia algum argumento importante para ser analisado.

**Figura 2 - Assunto da controvérsia em direito econômico**

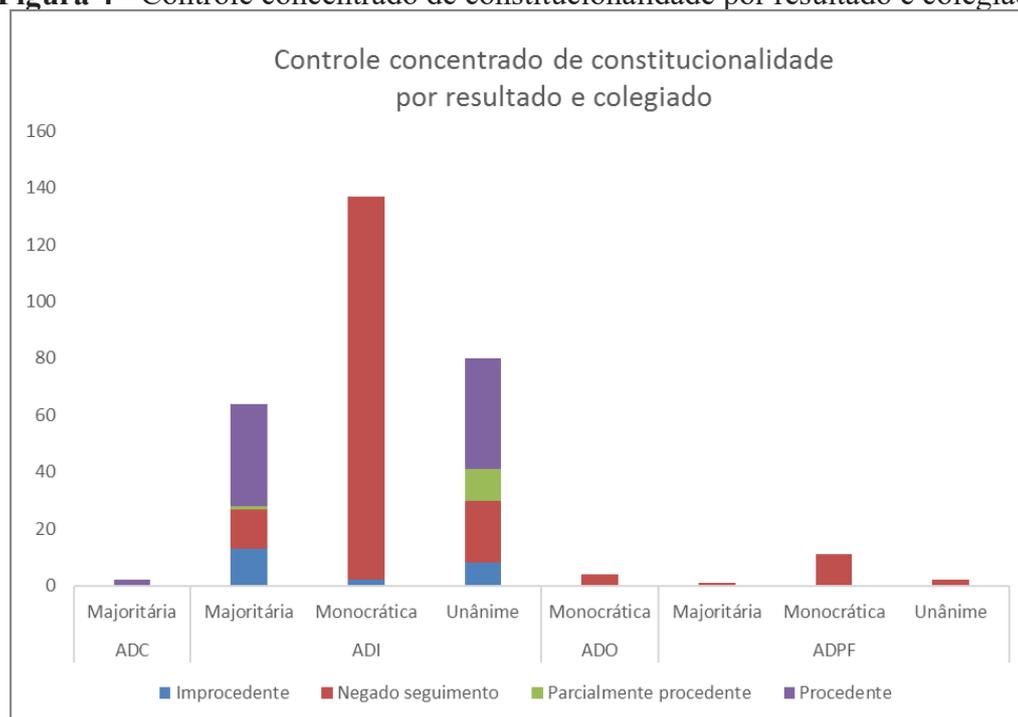
Fonte: Autor

No que tange aos temas da ordem social com repercussão econômica, destacam-se educação, previdência e contribuição social e saúde - tais temas discutiam a disponibilidade econômica da Administração Pública para o atendimento de políticas públicas diante da responsabilidade pela execução do Orçamento Público, que, por vezes, busca afastar a exigibilidade de uma prestação social invocando a denominada reserva do possível.

**Figura 3 - Assunto da controvérsia em Direito Social**

Fonte: Autor

É importante, também, saber os resultados e como foi tomada a decisão nestes casos. Confirmou-se uma hipótese demonstrada por outras análises de que predominam no STF atuações monocráticas, em detrimento da forma colegiada, provocando um esvaziamento do plenário em casos de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>12</sup>

**Figura 4 - Controle concentrado de constitucionalidade por resultado e colegiado**

Fonte: Autor

Vislumbra-se, portanto, que à maioria dos casos analisados foi negado seguimento, de forma monocrática, sobretudo em ADIs e ADPFs. Na totalidade dos casos de procedência ou parcial procedência respeitou-se a colegialidade, principalmente nas ADIs.

<sup>12</sup>Cf., nesse sentido, Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011) e Falcão, Arguelhes e Recondo (2017).

**Figura 5 - Decisão final versus fundamentos da decisão**

Fonte: Autor

Dentre os casos aos quais foi negado seguimento, 114 justificaram-se por perda do objeto da ação. Em relação aos casos procedentes e parcialmente procedentes, 61 casos alegavam desrespeito e invasão da competência privativa da União provocada pelo legislador estadual ou pelo governador. Cumpre observar que, de fato, poucas decisões de mérito fundamentaram-se predominantemente nos princípios que justificam a ordem econômica e social e, ainda que estes princípios fossem mencionados nos votos, não se encontravam reproduzidos nas ementas da decisão.

A série temporal de propositura de processos novos e o tempo de demora para a tomada de decisão também revela dados interessantes. Os anos em que se observa a maior ocorrência de propositura de ações de controle concentrado em direitos econômicos e sociais foram 1997 (presidência do Ministro Celso de Mello) e 2003 (presidência do Ministro Maurício Corrêa), sendo que a partir de 1998 a corte reduziu o tempo de demora para a tomada de decisão final para cinco anos ou menos, e em 2012 para dois anos ou menos (figura 6).

**Figura 6 - Processos protocolados por ano versus média anual para tomada de decisão**

Fonte: Autor

A relação dos autores, por sua vez, é apresentada na figura 7.

**Figura 7 - Autores dos processos**

Fonte: Autor

Os órgãos da Associação/Confederação/Sindicato foram autores de 114 casos, seguidos por Governadores e Partidos Políticos. Esta prevalência pode ser explicada ao se considerar a legitimidade e o interesse especial da Associação/Confederação/Sindicato conforme os temas e assuntos mobilizados.

O achado é confirmado por pesquisas que apontam a frequente atuação estratégica de Partidos Políticos e de certos atores do Poder Executivo com o intuito de modificar decisões majoritárias nas quais foram derrotados por via legislativa<sup>13</sup> e fica mais evidente com o dado de que a maioria das ações propostas por Governadores eram requeridas em face do Legislativo Estadual equivalente.

A fonte dos fundamentos e, sobretudo, a mobilização dos argumentos consequencialistas estão ilustradas na figura 8.

---

13 Cf., neste sentido, Taylor (2008).

### Figura 8 - Fundamentos

Fonte: Autor

O gráfico acima ilustra as fontes utilizadas nos julgados para fundamentar as decisões. Para categoria, a resposta foi “sim” ou “não”, de modo que, do total, 287 recorreram à legislação e 226, à jurisprudência. Para essas categorias, consideraram-se apenas as ocorrências originais no texto dos votos, e não aquelas contidas em citações de julgados anteriores ou do dispositivo.

Somente em poucos casos não houve referência à legislação - precipuamente, nas decisões monocráticas por perda de objeto, talvez pela exigência mais branda quanto aos fundamentos de uma decisão desta natureza. Observou-se, ainda, um cuidado da Corte em citar e respeitar decisões passadas, demonstrando, na grande maioria dos casos, que Ministros preocupavam-se com as consequências das decisões no ordenamento jurídico.

Em relação à mobilização de argumentos consequencialistas, estes foram utilizados em 58 casos, porém em apenas 13 o argumento foi predominante para a tomada de decisão vencedora, sendo reproduzido na ementa – ilustração nas figuras 9 e 10.

### Figura 9 - Uso dos argumentos consequencialistas

Fonte: Autor

**Figura 10 - Preponderância do argumento consequencialista para solução do caso**



Fonte: Autor

Os dados reforçam a hipótese de que Ministros consideram com muitas ressalvas as consequências econômicas nos seus votos, estabelecendo maiores exigências para mobilizar e avaliar esses argumentos como razões para decidir (*ratio decidendi*).

Além disso, as informações da figura 10 também permitem formular e confirmar uma descrição do STF como corte formalista - no que tange à escolha dos argumentos para fundamentar e tomar sua decisão - diante de casos de direitos econômicos e sociais com repercussão econômica

em sede de controle concentrado.

Nesse sentido a transformação operada pela efetivação de direitos econômicos pode ocorrer por outras operações, para além da atuação dos tribunais – o que justifica, por exemplo, compreender o desenvolvimento nas últimas décadas de outras estruturas decisórias mais adequadas para o exame das consequências econômicas como o caso das câmaras de arbitragem.

Depreende-se, ainda, que mesmo em temas que, em tese, envolvam princípios e normas programáticas - exigindo a consideração das consequências sociais para a tomada de decisão -, a corte tende, quase que exclusivamente, a decidir com base em argumentos devidamente filtrados pelo direito, *i.e.*, que sigam o conteúdo do programa condicionado, fixado por um sentido específico, e recebido em sua totalidade como uma razão decisória vinculante. Ao invés de se indagarem sobre “como seria se”, nestes casos os Ministros operam, na maioria das vezes, com modelos “se X, então Y”.

Uma possível justificativa subjacente a essa descrição decorre do fato de que o impacto das decisões em sede de controle concentrado é maior do que em outras ações e recursos, muitas vezes adstritas somente às partes litigantes - o que justificaria a cautela adicional dos Ministros em considerar outras consequências não jurídicas como razões de decisão, sobretudo porque afetam outras autoridades.

Os 58 casos nos quais se observou a mobilização de argumentos consequencialistas, exemplificam esse processo decisório em que razões condicionadas dos programas prevalecem em relação a argumentos consequencialistas. Ao diferenciar uma posição judicial original de outra consequencial, constata-se que Ministros tangenciam uma avaliação mais ampla e dados técnicos que escampam ao conhecimento da Corte – neste sentido é possível supor um certo uso velado do consequencialismo no país (SCHUARTZ, 2011).

Isto ocorre mesmo quando o STF acredita que a posição consequencial levaria a um resultado melhor, ou socialmente mais desejado, que o da posição formalista, porém os Ministros teriam que considerar outros fatores no conjunto e que por vezes lhe escapam por falta de estrutura ou formação. Este comportamento reforça o isolamento sistêmico da Corte, e não há garantias de que as expectativas da sociedade estejam sendo atendidas plenamente nos casos das ordens econômica e social. Existe, aqui, uma preocupação maior com as operações internas do sistema jurídico e um fortalecimento da atuação subótima da corte, que segue um tipo judicial original.

Nos casos de controle concentrado de constitucionalidade de direitos econômicos e sociais - que, pela matéria, já poderiam sugerir uma atuação catalisadora - dos últimos 30 anos, a incorporação de razões condicionadas e a jurisprudência limitaram os Ministros, os quais deixaram de considerar fatores que não estejam presentes ou que não tenham sido filtrados pelo sistema jurídico,<sup>14</sup> justificando, talvez, o elevado número sentenças improcedentes ou que negam

---

<sup>14</sup>Este ponto é também ilustrado pelo recorrente debate em juízo acerca da discussão entre a reserva do economicamente possível vis-à-vis a proteção do mínimo vital, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Para algumas análises, a teoria do mínimo vital serve como parâmetro objetivo para a tomada de decisão que afasta toda e qualquer discussão acerca da investigação da disponibilidade financeira da Administração Pública, que assume o ônus de comprovar o não tolhimento do mínimo vital à luz do caso concreto, por exemplo, veja o seguinte entendimento: “[...] Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez

seguimento.

Estes 58 casos indicam, ademais, que um tribunal judicial original - situado no centro do sistema jurídico - não é sinônimo de corte formalista nem de dedutibilidade mecânica,<sup>15</sup> sobretudo porque as consequências foram consideradas em 19% dos casos, tendo sido, contudo rejeitadas na sequência como razões para decidir.

Por outro lado, essa subotimização e inflexibilidade diante das consequências podem prejudicar a estabilização do próprio sistema jurídico a longo prazo e propiciar o surgimento de outros centros de tomada de decisão concorrentes - como ocorreu com a expansão de tribunais arbitrais e de tribunais administrativos, além da “fuga do direito” dos tribunais judiciais para outras estruturas decisórias.<sup>16</sup>

Os achados apresentados devem ser cotejados considerando-se todas as limitações da amostra, uma vez que casos de controle concreto e difuso não foram incluídos - além, é claro, da atuação de outros órgãos e instâncias -, bem como o contexto social da história brasileira que justificou essas transformações.

Todavia, a amostra aponta para um recente aumento do uso deste argumento no STF, sobretudo a partir de 2010, sugerindo uma tímida abertura da Corte para este tipo de argumento como razão para decidir em sede de controle concentrado nos últimos anos.

### **Figura 11 - Uso dos argumentos consequencialistas a cada ano**

Fonte: Autor

Por fim, sopesando-se que a amostra incluiu apenas casos de direitos econômicos e sociais, era esperado um resultado que indicasse maior ocorrência de consequências econômicas e sociais em detrimento das consequências políticas, o que se verifica na figura 12:

### **Figura 12 - Tipo de argumento consequencialista na amostra**

Fonte: Autor

## **3 LEGITIMIDADE DOS JUÍZES NA ADJUCAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS**

de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas “escolhas trágicas” (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados “com sacrifício” de outros) –, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte” (voto do Min. Celso de Mello no RE 580252, BRASIL, 2017).

15 Os problemas residiriam na ideia de que tribunais judiciais originais estão obrigados a aceitar e a seguir cegamente as regras, ou de que o formalismo se caracteriza como uma forma apolítica, mecânica e não responsiva de tomada de decisão. Na verdade, a observação indica o contrário: que mesmo uma corte prioritariamente formalista pode considerar argumentos extrajurídicos ao decidir. Trata-se, antes, de uma análise do tipo de comunicação produzida nos tribunais, do que propriamente do comportamento dos juizes. Se assim não o fosse, seria possível aproximar o comportamento de obediência cega às regras da visão do “juiz-computador”, definição de Bańkowski e Schafer (2007).

16 Em vista disso, paradoxalmente, o protagonismo do STF também favoreceu o desenvolvimento de organizações extrajudiciais e concorrentes para a tomada de decisão. Cf., neste sentido, Barros (2018).

Como interpretar a atuação do STF em relação à tomada de decisão no campo do direito econômico? Como visto na amostra selecionada a Corte optou na maioria dos casos em afastar o enfrentamento das consequências envolvidas. Por qual motivo os ministros adotaram este comportamento decisório? Seria possível admitir um problema em relação à legitimidade dos juízes na sociedade ao avançar no controle judicial de políticas públicas - esfera de competência atribuída tradicionalmente para a Administração Pública?

Do ponto de vista sistêmico, não faz sentido discutir legitimidade de juízes em aplicar direitos sociais e econômicos diante da constitucionalização destes direitos, que representou uma transformação de diferentes programas de políticas públicas em obrigações constitucionais. Não há nem mesmo que se debater a existência – ou não – de eleição de juízes para seus cargos, pois direitos econômicos e sociais são programas jurídicos, autorizando *prima facie* a intervenção judicial em face da arbitrariedade.

A efetivação destes direitos compreende uma nítida passagem do sistema político para o jurídico e, evidentemente, que sua centralidade não reside apenas no Executivo, por meio de suas agências públicas, mas também nos juízes, figuras nucleares para a aplicação desses direitos.

Em uma sociedade funcionalmente diferenciada e fragmentada, problemas sociais não são resolvidos somente pelo primado do sistema político; tribunais possuem significativa importância na imposição desses direitos e, em alguma medida, juízes assumem uma posição de poder dentro do sistema político, sobretudo diante do enfraquecimento do Estado nacional e da “libertação” do direito na sociedade mundial.<sup>17</sup>

Vale também destacar a posição e a importância desses direitos na sociedade. Dentro do sistema político, a constitucionalização desses direitos conferiu-lhes *status* prioritário diante de propostas não constitucionalizadas. A principal evidência disso talvez seja o princípio da não regressão - controlado no plano internacional pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -, que impede, no plano doméstico, a redução de benefícios sociais existentes e estipula, ao menos em tese, que restrições se sujeitem a um exame mais rigoroso, a fim de determinar sua adequação.

O argumento da não regressão baseia-se no fato de que a implementação de direitos sociais e econômicos é progressiva, dada a escassez de recursos e o pouco acesso a saberes científicos

---

17 Considerando as transformações mencionadas na sociedade, Bruce Ackerman (2000, p. 73) fala numa nova separação dos poderes: “The separation of powers is a good idea, but there is no reason to suppose that the classical writers have exhausted its goodness. To the contrary. As we explored each of separationism’s three rationales, we found plenty of reasons to question received American wisdom.” Numa outra abordagem Fischer-Lescano e Möller (2016) observam o surgimento de novas arenas transnacionais de solução de conflitos em relação aos direitos econômicos e sociais, ultrapassando as soluções centralizadas nos Estados, afirmam que: “There are three different arenas where transnational social rights must be strengthened: A) at global level, the main challenge is to find a timely solution to the threats to social rights posed, not by states, but by transnational corporations. At European level B), we have to make sure that a social Europe becomes a reality. This is of utmost importance with regard to the strengthening of transnational social rights: a social union which resist the temptation to establish imperial and exploitative (transnational) relations, could be a powerful resource which promotes social rights. Lastly, we must ensure that C) states and the political organisations of global governance are held to the standard of the emancipatory ideal” (FISCHER-LESCANO; MÖLLER, 2016, p. 36). Não restam dúvidas que tanto a nova separação dos poderes quanto o surgimento de novas arenas transnacionais de solução de conflitos apontam para uma mudança na implementação dos direitos fundamentais, que exigem novas formas reflexivas de operar para além do Estado.

enfrentado por muitos países. Estados devem abster-se de cortar subsídios de bens essenciais, como alimentos, água e energia, a fim de evitar causar sofrimento indevido às pessoas. Reduzir gastos com educação, cuidados de saúde ou outros serviços sociais constitui flagrante violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, a menos que o Estado prove que não dispõe dos recursos necessários. Note-se que, como regra geral, a não regressão afirma que em qualquer nível de disponibilidade de recursos deve-se priorizar estes direitos, de modo que haja progresso contínuo em seu gozo pelos povos.

Tal perspectiva ganha relevância quando se compreende que direitos sociais e econômicos possuem um potencial democratizante, na medida em que colocam a ordem socioeconômica à disposição da sociedade. Fischer-Lescano e Möller (2017), inclusive, avançam no tema, sustentando que esses direitos são uma condição necessária para a radicalização do princípio da democracia, pois voltam-se contra todas as relações de dominação que se oponham à autonomia e à autodeterminação da sociedade (FISCHER-LESCANO; MÖLLER, 2017, p. 77-84).

Violações a estes direitos representam rupturas significativas no sistema político. É dizer, veda-se à Administração Pública a edição de normas ou regulamentos que prejudiquem o acesso aos direitos sociais e econômicos, sendo que esta deve assumir uma postura protetiva e assecuratória desses direitos - muitas vezes vinculados a um padrão mínimo de fruição (*minimum core*) -, respaldando-se em acordos e tratados internacionais.

Desta forma, sobleva-se a questão do acesso à justiça. A tese dos sobreintegrados de Neves (2006) ganha relevância neste ponto. Não surpreende que os litigantes encontrados na amostra selecionada pertençam, em sua maioria, a órgãos do governo ou representem as demandas referentes às classes média e alta, que podem arcar com os altos custos judiciais.<sup>18</sup> Como resultado, o Judiciário tende a ser uma arena exclusiva para soluções internas de interesses partidários – com a menção ao STF como “órgão de deliberação corporativa do Estado”<sup>19</sup> - ou para requerentes privilegiados economicamente, deixando pouco espaço para uma transformação no que tange à adjudicação de direitos sociais e econômicos ou à justiça social.<sup>20</sup>

Além disso, ainda que tribunais determinem a governos que direcionem recursos para educação e cuidados de saúde, nada garante que essas decisões sejam efetivamente aplicadas. Direitos sociais e econômicos acabam, portanto, em alguns casos, sendo confirmado mais como expectativas normativas frustradas do que protegidas. Interessante é perceber que muitas vezes

---

18 Nesse sentido, sustenta Oliveira (2017, p. 145): “Ainda temos justiça demais para poucos e justiça de menos para a grande maioria da população brasileira. Basta olhar a pauta temática do Supremo para ver os interesses que a dominam, destacando-se o grande tempo que o tribunal dispende decidindo sobre aumento ou contenção de privilégios de carreiras públicas do Estado, e sobre o destino de atores políticos que contam com foro privilegiado”. Sobre a discussão dos perfis dos litigantes e dos custos envolvidos na adjudicação do direito à saúde no Brasil, Cf. Ferraz (2014) e Wang (2015).

19 Cf. Oliveira (2016).

20 Isto ficou evidenciado no julgamento conjunto - ainda em andamento - dos recursos extraordinários 566471 e 657718, que discutem o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. O Ministro Luís Roberto Barroso defendeu como regra geral o não fornecimento de medicamentos não listados pelo Sistema Único de Saúde. A liberação por decisão judicial só seria admitida numa situação excepcional e propôs uma série de requisitos a serem observados pelo juiz para obrigar o governo a fornecer o remédio, dentre o qual se destacava a incapacidade financeira do paciente, diz o Ministro: “A vida e a saúde de quem tem condições de ir a juízo não tem mais valor do que as dos muitos que são invisíveis para o sistema de Justiça”.

a questão da reserva do possível levantada pela Administração Pública, para a adjudicação da Corte também não está necessariamente ligada ao limite econômico do Estado, mas sim ao limite econômico em relação à concretização de direitos fundamentais. Todavia, por carecer de subsídios para definir essa dimensão econômica dos direitos fundamentais, a Corte prefere afastar a discussão e se limitar a proferir uma decisão que discuta a razoabilidade da pretensão vis-à-vis o enfrentamento do tema da disponibilidade de recursos.<sup>21</sup>

Não se nega, contudo, a contrapartida da adjudicação desses direitos, como um controle judicial dos atos da Administração Pública: passa-se a exigir que decisões políticas futuras sejam direcionadas àqueles mais necessitados e subintegrados nos sistemas sociais, sobretudo se a maioria dos beneficiários destas decisões já está sobreintegrada.<sup>22</sup>

Diante destas considerações, é relevante entender a complexidade que envolve a adjudicação desses direitos. Tradicionalmente, tribunais têm sido refratários a procedimentos que visam à implementação de direitos econômicos, ou a mecanismos alternativos que lidam com problemas distributivos. Talvez isto ocorra no Brasil, pois as principais operações no Judiciário decorrem de demandas individuais (e não coletivas), exigindo, portanto, soluções mais criativas para problemas redistributivos. Neste sentido, o problema encaminha-se para uma discussão sobre a capacidade institucional.

#### 4 CAPACIDADE INSTITUCIONAL DOS JUÍZES NA ADJUDICAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS

Debater sobre capacidade institucional significa discutir como direitos econômicos são adjudicados a partir do enfoque das estruturas disponíveis para a tomada de decisão pela autoridade. De modo geral, é possível fazer duas distinções: *decisões de deferência* e *decisões de não deferência*. No primeiro caso, tribunais abstêm-se de decidir alegando que se trata de uma atribuição do sistema político que depende exclusivamente da atuação do Poder Executivo por meio de seus programas que possibilitam um melhor planejamento (eg., contratos administrativos, concessões e outorgas, termos de parcerias e cooperação entre outros modelos negociais). Nesta posição, sustenta-se que alguns países sequer preveem constitucionalmente estes direitos, o que, portanto, inviabilizaria sua adjudicação.

\_\_\_\_\_ Todavia, este argumento não subsiste, pois mesmo nestes países que não dispõem

21 A comprovação da aplicabilidade da reserva do possível se torna um ônus da Administração Pública, havendo a necessidade de que se evidenciar a indisponibilidade de recursos e o justo motivo em não atender determinada pretensão individual ou coletiva. Veja, por exemplo, o voto do min. Barroso: “No caso em questão, já seria suficiente para afastar a incidência da cláusula da reserva do possível o fato de que o Estado não se desincumbiu do ônus da prova da insuficiência de recursos para custear a indenização assegurada ao preso. Na verdade, o recorrido limitou-se a argumentar, de forma genérica, que não há disponibilidade orçamentária para garantir melhor tratamento aos presos. O Estado não trouxe nenhum elemento capaz de demonstrar que não teria capacidade financeira para o pagamento da indenização pecuniária ao recorrente” fixada no valor de R\$ 2mil” ou para conceder o mesmo direito aos presos que se encontrem na mesma situação. Não se pode, porém, admitir a invocação da cláusula da reserva do possível como argumento meramente retórico, de modo a permitir que o poder público se exima de seus deveres legais, inclusive de reparação dos danos por ele causados” (BRASIL, 2017).

22 A distinção entre subintegrados e sobreintegrados está em Neves (2006), que discute a aplicação da teoria dos sistemas no caso brasileiro.

expressamente sobre direitos econômicos e sociais no texto constitucional – como no caso dos Estados Unidos da América - há sua concretização pelos tribunais. Neste sentido, ilustrativamente, observa-se a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Dandridge v. Williams*, que discutiu se uma lei do Estado de Maryland que fixou um padrão para determinar a necessidade de benefício para famílias com crianças dependentes violava a cláusula de proteção à igualdade (*equal protection clause*).

Mesmo sem uma previsão na constituição estadunidense sobre benefícios ou programas de assistência social, o tribunal concluiu que não houve violação à cláusula de proteção à igualdade. A decisão baseou-se em precedentes para indicar que o programa era “um esquema de federalismo cooperativo” e deu ao Estado “poder indiscutível” para calcular o padrão de necessidade. O tribunal argumentou, ainda, que “o estatuto federal não proíbe um Estado de equilibrar os estresses que a ausência de pagamentos impõe as famílias hipossuficientes diante da maior capacidade financeira das famílias numerosas para acomodar suas necessidades” (US SUPREME COURT, 1970).

No caso de *decisões de não deferência*, admite-se a adjudicação pelos tribunais. No entanto, o grau de interferência judicial varia, oscilando entre orientações moderadas, recomendações ou mesmo determinações concretas e ordens de implementação, criando novas obrigações e direitos. Ilustrando uma ação intervencionista moderada, retome-se o famoso caso *Governo da República da África do Sul v. Grootboom e outros*, decisão da Corte Constitucional da África do Sul que, diante do despejo de inúmeras famílias alojadas em propriedade privada de terceiro, reconheceu a obrigação do Estado de fornecer-lhes abrigo adequado, independentemente da disponibilidade de recursos. Especificamente, a corte não impôs condições de execução da obrigação, apenas exigiu que o Estado adotasse medidas razoáveis para cumprir o dever de fornecer abrigo a famílias desamparadas.<sup>23</sup>

Há, evidentemente, soluções mais intervencionistas, como a da Corte Constitucional da Colômbia, que inaugurou a tese de “estado de coisas inconstitucional”. Este argumento depende, primordialmente, da avaliação dos seguintes critérios: (i) violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afete um número significativo de pessoas; (ii) descumprimentos sucessivos por parte das autoridades de suas obrigações de garantia dos direitos; (iii) uso reiterado de práticas inconstitucionais, demandando uma ação de tutela (*acción de tutela*) para garantir o(s) direito(s) violado(s); (iv) a ausência de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias que evitem a violação de direitos; (v) a existência de um problema social cuja solução exija a intervenção de várias entidades - *e.g.*, mobilização de um conjunto complexo e coordenado de ações e uma quantidade de recursos que requer um esforço orçamentário adicional importante; (vi) inviabilidade de proteção individual.

No caso concreto, a corte colombiana reconheceu este estado de coisas inconstitucional

---

23 Destaca-se seguinte passagem do voto: “Estou consciente de que é uma tarefa extremamente difícil para o Estado cumprir essas obrigações dadas as condições que prevalecem em nosso país. Isto é reconhecido pela Constituição, que prevê expressamente que o Estado não é obrigado a ir além dos recursos disponíveis ou a realizar esses direitos imediatamente. Afirmo, no entanto, que, apesar de todas essas qualificações, estes são direitos, e a Constituição obriga o Estado a dar-lhes efeito. Esta é uma obrigação que os tribunais podem em circunstâncias apropriadas imporem” (SOUTH AFRICA, 2000, p. 65, tradução nossa).

devido à omissão das autoridades de prover cuidados a milhares de pessoas sem moradia que sofriam múltiplas violações a seus direitos humanos. Em contraste à demanda sul-africana, reconheceu-se que as violações aos direitos eram falhas estruturais profundas do Estado colombiano, posicionamento que resultou numa série de ordens concretas com o intuito de remediar as insuficiências orçamentária e administrativa, além de tentar estabelecer níveis mínimos de proteção dos direitos dessas pessoas em tempo razoável.

No Brasil, mesmo sem previsão expressa na Constituição ou em qualquer texto legal, o STF reconheceu, no julgamento parcial da ADPF 347, a tese que “confere ao Tribunal uma ampla latitude de poderes”, entendendo “que a técnica só deve ser manejada em hipóteses excepcionais, em que, além da séria e generalizada afronta aos direitos humanos, haja também a constatação de que a intervenção da Corte é essencial para a solução do gravíssimo quadro enfrentado” (BRASIL, 2015).

Nesta ADPF, debate-se a situação atual do sistema penitenciário brasileiro, que viola preceitos fundamentais da CF/88 e, em especial, direitos fundamentais dos presos. Ainda sem solução definitiva, o plenário já se manifestou preliminarmente no sentido de reconhecer o cabimento da ação diante do quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Neste sentido, o STF determinou a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e tornou mandatória a realização de audiências de custódia por tribunais e juízes inferiores.

Subjaz a estas análises a compreensão de como o tribunal pode adjudicar esses direitos. Como apontado por De Giorgi, Faria e Campilongo (2015): “[m]as até que ponto a Justiça pode atender às expectativas de quem vê seus direitos negados por falta de políticas públicas?”. Ainda prosseguem os autores, afirmando que “[n]o plano dos ideais, estamos diante de valores políticos fundamentais para a coesão social, é certo. Mas o Direito opera no plano das realidades sociais e econômicas que é capaz de construir e controlar. Assim, invocar o ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina”.

Retomando-se o caso colombiano, a situação das pessoas vulneráveis tem se agravado a despeito dos esforços daquela corte. Deve-se lembrar, inclusive, que tribunais podem desdobrar os riscos que não podem assumir em seu ambiente, possivelmente acarretando maiores perigos para outros sistemas sociais. As estruturas que operam para reduzir os riscos tornam-se um perigo para as partes afetadas em seu ambiente.

É ilusão acreditar que a afirmação de que o “estado de coisas inconstitucional” é capaz de resolver todos os problemas sociais pela judicialização. Novamente, concorda-se com De Giorgi, Faria e Campilongo (2015) que afirmam que “[n]um país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais”.

Ninguém nega as dificuldades estruturais enfrentadas pelos tribunais ao apreciar estas demandas, especialmente proferir uma sentença que consiga avaliar consequências extrajudiciais.

Em termos sistêmicos, é preciso reconhecer os déficits de filtragem e de formalização envolvidos na passagem entre periferia e centro - que representam óbices à atuação dos tribunais<sup>24</sup> -, bem como afirmar as mudanças na semântica da teoria do direito sobre como lidar com estes casos a fim de não incorrer em arbitrariedades.

No início deste texto discutiu-se a importância de definir a metodologia capaz de vincular direito e econômica. A importância desta definição decorre da própria obrigatoriedade da operação de um direito racional e formal - na orientação weberiana - capaz de estabelecer com clareza para os jurisdicionados os critérios para a seleção e avaliação das consequências. Caso contrário, a estrutura decisória do Judiciário poderia comprometer a observação de regras preestabelecidas pelo ordenamento, acarretando em indistinção em relação às operações jurídicas.

Entretanto, deve-se considerar, também, que estas ações excepcionais impõem e demandam outra postura do sistema político, ou, nos dizeres de Rodriguez (2015), pretendem “constranger e manter alertas os donos do poder para evitar o arbítrio. A separação dos poderes nunca foi pensada como regra administrativa a impor uma divisão estanque de funções entre dois, três, quatro, ou entre quantos forem os poderes do Estado”.

Trata-se de reconhecer a atuação de uma corte catalisadora e a pergunta é saber se estratégias e interesses fora do direito estão sendo ocultados? Talvez, mas, como já mencionado, direitos econômicos representam uma forma de controle do governo e, portanto, são modelos que implicam em renovação das operações jurídicas e são uma condição necessária para a radicalização do princípio democrático.<sup>25</sup> É forçoso reconhecer o caráter político desses direitos e, portanto, a existência de múltiplas arenas de discussão dessas demandas e a competência dos tribunais para adjudicá-los. Caso contrário – sem as reivindicações – não seria possível realizar expectativas normativas já asseguradas pelo direito, que são rotineiramente frustradas, ou produzir novas expectativas.

Não é o caso, porém, de admitir falsas críticas de que estes direitos são demasiadamente vagos e dependentes de recursos,<sup>26</sup> revelando-se, destarte, inexigíveis. Vale lembrar que todo e qualquer direito é determinado por meio de uma decisão e que muitos direitos individuais dependem de recursos - *e.g.*, a implementação de um sistema de proteção de patentes -, ao passo que diversos conflitos de direitos sociais e econômicos não demandam investimentos vultosos - evitar a poluição do rio, reconhecer direitos indígenas, não ordenar o despejo de famílias, entre outras, são ações de baixo custo.

Da mesma forma, é possível observar a atuação dos tribunais às margens de outros sistemas sociais, pois, no fundo, eles se revelam, enquanto organizações sociais, uma arena de disputas políticas, participando do jogo entre governo/oposição. Novamente, na amostra selecionado percebeu-se o importante papel desempenhado pelos partidos políticos como litigantes em face da implementação de políticas econômicas. Pontue-se, contudo, que isto não ocorre apenas nos

24 Cf. Villas Bôas Filho (2009) e Campilongo (2002).

25 Cf. Fischer-Lescano e Möller (2017, p. 59-84).

26 O argumento da dependência de recursos foi popularizado no Brasil a partir da doutrina produzida pelo Ministro Gilmar Mendes ao glosar decisões da Corte Constitucional alemã que recorriam à teoria da reserva do possível. Para uma crítica da incorporação desta teoria no Brasil, cf. Correia (2014, p. 132-142).

casos de adjudicação de direitos sociais e econômicos, mas também naqueles que não implicam necessariamente garantias da sociedade, que servem de barganha para outros interesses da organização.

Sublinhe-se, por ser relevante, que casos de direitos econômicos exigem uma reflexão sobre como a observação dos tribunais na sociedade ocorre, bem como uma consideração a respeito de outras estruturas de tribunais e novos desenhos institucionais.<sup>27</sup>

O STF, segundo os apontamentos já feitos, na prática, a proteger esses direitos propondo soluções “menos” intervencionistas ou por meios “negativos” - *e.g.*, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato administrativo -, ou, ainda, buscando uma resposta individual. Estes são desfechos “tradicionais” aos quais tribunais judiciais originais recorrem com frequência, sobretudo ao se deparar com problemas retributivos que dependem quase exclusivamente da provisão estatal.

No entanto, é possível observar novos arranjos de controle e adjudicação judicial, tais como as formas fracas de controle de constitucionalidade,<sup>28</sup> que exigem uma visão mais colaborativa e dialógica entre os poderes do Estado e oferecem potencialmente benefícios para reduzir as pressões depositadas por decisões judiciais sobre organizações políticas, pois admitem a necessidade de interação e deliberação legislativa.

Não há dúvidas também de que tribunais arbitrais ou administrativos resolvem mais facilmente problemas referentes à determinação de gastos relacionados a serviços e bens sociais, que geralmente devem ser apreciados por grande parte da sociedade e dependem da incorporação de profissionais com outra formação para decidir. Todavia, vale ressaltar que nem sempre organizações paraestatais e privadas podem contribuir enormemente propondo soluções inovadoras para as deficiências estatais diante de sua incompetência econômica.<sup>29</sup>

Em alguns casos de adjudicação, os conflitos distributivos ultrapassam o raciocínio retributivo (jogos de soma zero) ou soluções ganha-perde das ações judiciais tradicionais (escolher quem está certo ou errado na lide). Neste sentido, a arbitragem de direitos econômicos consegue produzir decisões negociadas sobre a utilização de recursos materiais ou equacionar, a partir dos interesses das partes, questões orçamentárias e regulatórias. Estas decisões exigem mediação, negociação, construção de critérios para avaliação e incentivos para soluções de construção

---

27 Reitera-se a opinião de Amato (2017, p. 294) de que não há muitas opções de abertura à competição privada nem adequada regulação que favoreça parcerias e cooperações para a implementação de programas sociais. O modelo das políticas públicas precisa superar técnicas rudimentares e centralizadas de prestação dos serviços para “incorporar em seu desenho institucional, de um lado, formas de descentralização capazes de manter mecanismos de redistribuição, de propagação das experiências de sucesso e de mensuração de desempenho e, de outro lado, procedimentos para a audiência das partes interessadas”.

28 Segundo a caracterização de Gardbaum (2013), o modelo fraco, desenvolvido e praticado em países da *commonwealth*, possui três características essenciais: (1) a existência de uma declaração de direitos; (2) a conferência de alguma forma de poder superior judicial para fazer valer esses direitos através da avaliação da consistência da legislação e de outros atos governamentais com esses direitos fundamentais, que devem ir além da presunção tradicional e dos modos comuns de interpretação normativa; e, mais claramente, (3) a existência de uma legislatura que tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis no país, por maioria simples. Para uma discussão da aplicação do controle de constitucionalidade fraco no Brasil, cf. Barros (2017) e em outros países após processos de democratização, cf. Gardbaum (2015).

29 Assim, destaca-se a importância da família na educação, do empreendedorismo e da universidade no desenvolvimento de políticas industriais e comerciais, das parcerias público-privadas na gestão de áreas da saúde e habitação. Estas organizações, diferentemente do Estado, decidem a partir de um raciocínio distributivo e proporcional capaz de mediar o acesso simultâneo de indivíduos e grupos distintos a estes serviços para além da disponibilização estatal.

conjunta - e não como resultado de uma subsunção a regras ou a construções adversativas -, cabendo somente aos tribunais judiciais sua homologação e sua execução.

Do ponto de vista sistêmico, não se pode considerar a adjudicação de direitos econômicos apenas como uma técnica de compensação, porque a autoridade é compelida a compreender os riscos e os perigos da decisão quando estes direitos estão em juízo. Uma vez que decisões podem produzir exclusão diante de potenciais beneficiários, não é possível pensar em organizações insensíveis às consequências da decisão, ainda que não consigam antecipar seus perigos ambientais.

Em suma, não há um tribunal mais adequado, ou mais desejável. Aponta-se, aqui, que a adjudicação de direitos econômicos e sociais com repercussões econômicas funciona com paradoxos que devem ser observados e desdobrados pela autoridade decisória a partir de estruturas sensíveis ao ambiente. Muitas vezes, é possível controlar os riscos e minimizar as exclusões da decisão quando estas são limitadas temporalmente - *i.e.*, assegurando-se de que as exclusões não se tornem permanentes, ou de que os paradoxos não se desdobrem e acarretem problemas mais severos para a sociedade. Nestas situações de decisão, há riscos de arbitrariedade - *i.e.*, aqueles que não se relacionam com a própria atividade decisória, não atendem aos interesses negociados ou a descumprimentos no momento da execução.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto discutiu como a temática do ativismo judicial ou da judicialização da política pode ser encaminhada por outro enfoque sociológico a partir das análises da argumentação judicial em demandas envolvendo direitos econômicos. A ênfase, aqui, recaiu nas considerações das consequências no processo de tomada de decisões pelos juízes.

O texto adotou um recorte para mostrar que, na prática, em muitos casos, são os próprios Ministros que definem quando e como vão considerar os efeitos das consequências extrajurídicas durante o julgamento. A falta de padrão argumentativo é a regra geral extraída destas análises.<sup>30</sup> Para além desta constatação também foi importante observar os tipos de interesses que são arbitrados no STF enquanto corte constitucional, sobretudo na defesa dos direitos econômicos e sociais, que, geralmente, são monopolizados pela Associação/Confederação/Sindicato, seguido por Governador e Partido Político.

É certo que estes dados representam um pequeno percentual da totalidade de decisões que a corte profere todo ano, inclusive no controle abstrato. Todavia, a pesquisa revela problemas e questões que são comuns na adjudicação em geral de casos que exigem a seleção e avaliação das consequências para a tomada de decisão.<sup>31</sup>

---

30 No estudo apresentado constatou-se que o STF, por razões institucionais, pode hoje ser ao mesmo tempo uma corte original e peremptória, deferencial, consequencial e catalisadora já que pode escolher quem, quando e como julgar. Para além das inúmeras garantias funcionais e institucionais, prevalece um adicional reforço que permite a irrestrita independência dos Ministros já que o STF pode determinar as suas próprias competências, possibilitando decidir como operar, inclusive, em qualquer sistema social.

31 Neste sentido, não importa tanto o recorte processual, pois ações constitucionais, recursos extraordinários e outras ações ordinárias podem lidar com os problemas das consequências para a tomada de decisão do mesmo modo.

Este texto defende que a análise destes tipos de julgados é um bom medidor para verificar como os limites do direito vem sendo estabelecidos pelos tribunais vis-à-vis a inócua discussão do ativismo ou da judicialização. É o caso, portanto, de reconhecer a necessidade de ampliar um campo de estudo sociológico da argumentação jurídica e dos tribunais, enfatizando a adjudicação de direitos econômicos e sociais. Em breve síntese, é possível dizer que esse ramo da sociologia jurídica se preocupa em estudar a atuação dos tribunais da sociedade, abrangendo temas como modelos de trajetória do Estado e sua articulação com o Judiciário, formas de organização e comunicação organizacional, formas de recrutamentos e gestão dos tribunais, comunicação judicial, processos de economização ou politização dos tribunais. Desta forma, este campo de pesquisa pressupõe uma teoria social ao mesmo tempo que se vale de embasamento empírico.

Ponto sustentado foi que direitos econômicos são importante forma jurídica capaz de revelar as tensões da sociedade e, ao mesmo tempo, possibilitar um processo de experimentação e coordenação entre diferentes organizações, não apenas em relação ao Estado. Ainda, a dificuldade notada nas adjudicações do direito sobre a econômica pode indicar sinais de esgotamento do modelo intervencionista do Estado - inclusive das cortes - como suposto garantidor de todas as melhorias da sociedade, bem como revela formas alternativas de solução de conflitos e de formação de relações de cooperação e coordenação entre indivíduos e organizações sociais.

Direito e economia devem e podem, por sua vez, irritar e gerar ruídos nos respectivos subsistemas por meio de novos conhecimentos. No caso dos tribunais, estes devem zelar para a formação de padrões dentro de uma ordem estrutural das decisões - distribuindo o novo conhecimento no interior do sistema, sem comprometer a vedação do *non liquet* e a proteção das expectativas normativas. Qual é o limite? É o caso de observar a capacidade de auto-organização da própria sociedade, inclusive para bloqueio.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 113, n. 3, p. 633-729, Jan. 2000.

AMATO, Lucas Fucci. **Imaginação constitucional: direitos humanos, cultura e desenvolvimento** em Luhmann e Unger. 2017. 419 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BANKOWSKI, Zenon; SCHAFER, Burkhard. Double-click justice: legalism in the computer age. **Legisprudence**, Oxford, v. 1, p. 31-49, 2007.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Constitutional design and the Brazilian judicial review: remarks about strong and weak-form review in the Brazilian Federal Supreme Court. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 180-206, jan./jun. 2017.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Sociedade, direito e concorrência: reflexões sociológicas sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Curitiba: Juruá, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312692053&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.

CAMPILONGO, Celso. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 923, p. 37-52, 2012.

CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 19 set. 2015. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 30 out. 2015.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (org.). **Onze supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I relatório supremo em números: o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FARIA, José Eduardo. O Supremo e o ativismo judicial. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 11 mar. 2017. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-supremo-e-o-ativismo-judicial,70001695353>. Acesso em: 25 maio 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação jurídica**. São Paulo: Manole, 2014.

FERRAZ, Octavio. Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. *In*: GARCÍA, Helena; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy (ed.). **Social and economic rights in theory and practice: a critical assessment**. New York: Routledge, 2014. p. 121-137.

FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. **Transnationalisation of social rights**. Cambridge: Intersentia, 2016.

FISCHER-LESCANO, Andreas; MOLLER, Kolja. **Luta pelos Direitos Sociais Globais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

GARDBAUM, Stephen. Are strong constitutional courts always a good thing for new democracies? **Columbia Journal of Transnational Law**, New York, v. 53, n. 2, p. 285-320, 2015.

GARDBAUM, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed.). **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** London: Routledge, 2006.

LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais: apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação, método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social: ensaios traduzidos**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 133-224.

LUHMANN, Niklas. **Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 91, p. 5-20, 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social**, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 105-133, 2016.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 125-148, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. **Jota**. 25 set de 2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>>. Acessado em 02 dez. de 2019.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 383-418.

SOUTH AFRICA. Constitutional Court. **Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others**. Johannesburg: Constitutional Court of South Africa, 2000. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

TAYLOR, Matthew. **Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

US SUPREME COURT. *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970). *In*: JUSTIA. Mountain View, 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/471/>. Acesso em: 18

set. 2016.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WALDRON, Jeremy. Five to four: why do bare majorities rule on courts? **Yale Law Journal**, New Haven, n. 6, p. 1626-2133, Apr. 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. Right to health litigation in Brazil: the problem and the institutional responses. **Human Rights Law Review**, Oxford, v. 15, n. 4, p. 617-641, Dec. 2015.

**Como citar:** BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Direitos econômicos, sociedade e o supremo tribunal federal: observando a atuação da corte no controle abstrato. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 1, p. 99-123, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p99. ISSN 2178-8189.

Recebido em: 11/12/2019

Aprovado em: 20/02/2020

\* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com período sanduiche na Universidade do Minho. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Email: calaj1831@gmail.com

\*\*Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas em andamento pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Osvaldo Cruz (FIOCRUZ). Especialista em Direito Civil, Direito Negocial e Imobiliário pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em La Regulación y Aplicación de los Tributos pela Universidad Castilla La-Mancha. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Aperfeiçoamento em Curso Preparatório a Magistratura pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAPAR). Aperfeiçoamento em Curso Preparatório para Ingresso na Carreira pela Escola Superior do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Aperfeiçoamento em Direito pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região (AMATRA). Graduado em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Email: [zenildo@univali.br](mailto:zenildo@univali.br)

## A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL COMO CRITÉRIO NORMATIVO À EFETIVIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

BUSINESS SUSTAINABILITY AS A NORMATIVE CRITERION TO  
THE JUDICIAL RECOVERY COMPANY ENTERPRISES

**Clarice Ana Lanzarini\***  
**Zenildo Bodnar\*\***

**Como Citar:** LANZARINI, Clarice Ana. BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade empresarial como criterio normativo à efetividade do instituto da recuperação judicial. **Scientia Iuris**. Londrina, v.24, n.1, p. 124-141, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p124. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** O presente trabalho pretende analisar o instituto da recuperação judicial de empresas à luz da sustentabilidade. Para tanto, inicialmente realiza uma abordagem histórica do direito falimentar à recuperação judicial de empresas no Brasil. Na sequência, discorre sobre o caminho percorrido pelo desenvolvimento sustentável em direção à sustentabilidade empresarial. Por fim, são expostas ideias e ponderações para identificar se a sustentabilidade se afigura como critério normativo à efetividade dos instrumentos recuperacionais de uma empresa em cenário de crise. Neste artigo, utiliza-se o método de abordagem indutivo, método de procedimento hipotético e pesquisa bibliográfica. Como resultado da pesquisa foi possível constatar que recuperação de empresas e sustentabilidade contemplam o bem-estar coletivo como norte comum, logo, caminham no mesmo sentido, e contribuem ampla e mutuamente com o desenvolvimento socioeconômico das empresas e da sociedade como um todo.

**Palavras Chave:** Recuperação judicial. Sustentabilidade. Sustentabilidade empresarial.

**Abstract:** This paper aims to analyze the institute of the business judicial recovery based on sustainability. To this end, it initially takes a historical approach to the bankruptcy right to a business judicial recovery in Brazil. It then discusses the path taken by sustainable development towards corporate sustainability. Finally, ideas and considerations are presented to identify

whether sustainability appears as a normative criterion for the effectiveness of a company's recovery instruments in a crisis scenario. It uses the inductive approach method, the hypothetical procedure and bibliographic research techniques. The results allow us to realize that corporate recovery and sustainability both contemplate collective well-being, move in the same direction, contributing broadly and mutually to the socio-economic development of companies and of the society as a whole

**Keywords:** Judicial Recovery. Sustainable Development. Sustainable Company.

## INTRODUÇÃO

As empresas são fundamentais ao progresso da sociedade, eis que criam empregos, incentivam o desenvolvimento tecnológico, geram tributos, produzem bens e serviços imprescindíveis à satisfação das necessidades humanas. Neste sentido, tem-se que o fenômeno da globalização propiciou o surgimento de grandes empresas, as quais, economicamente, apresentam-se mais fortes do que muitos países. Hoje, certas empresas transnacionais podem interferir em questões econômicas, ambientais e sociais de maneira mais incisiva e direta do que muitos chefes de Estado.

Todavia, hodiernamente, com um cenário econômico complexo, muitas empresas se encontram em crise, notadamente financeira, sendo grande o número daquelas que não conseguem superar suas dificuldades, deixando de honrar seus compromissos e acabando por encerrar suas atividades.

Isto posto, ressalta-se que a quebra traz consigo consequências avassaladoras de toda ordem: perde-se uma fonte produtora de bens e serviços; gera-se desemprego, com reflexos que ultrapassam a pessoa do trabalhador, pois produzem também degradação ambiental, resultado da deterioração do parque fabril e do tratamento inapropriado dos resíduos industriais, por exemplo. São reflexos econômicos, sociais e ambientais que comprometem o desenvolvimento da comunidade em que a empresa se encontrava inserida.

É preciso, pois, que sejam criadas ferramentas para mitigar e até prevenir o fenômeno do encerramento das atividades empresariais. Nesta senda, entra em cena o instituto da Recuperação Judicial, que busca a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A realidade, contudo, é que grande parte das empresas que buscam a Recuperação Judicial não logra êxito nesta empreitada. Assim sendo, a mera existência de mecanismos recuperacionais não é suficiente à revitalização empresarial. É preciso que ocorra uma mudança de paradigmas pelo empresariado que, conscientizando-se do importante papel desenvolvido pela empresa no cenário local, nacional e internacional, busque uma gestão eficiente, que não prejudique os pilares nos quais baseia seu soerguimento, gerando lucros, preservando a integridade ambiental e o bem-estar para as gerações atuais e futuras.

É necessário que a postura da empresa também evolua, a fim de adequá-la aos novos tempos. Neste viés, tem-se a empresa sustentável, compreendida como aquela voltada não só aos resultados econômicos, mas também à promoção do desenvolvimento social e à preservação do planeta.

Assim, o presente artigo busca investigar se o êxito na utilização da Recuperação Judicial se relaciona à conduta sustentável adotada pela empresa. Para a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses: a) a capacidade de soerguimento, condição indispensável à obtenção dos benefícios legais de recuperação de uma empresa em crise, encontra-se intrinsecamente ligada à

ideia de sustentabilidade; b) o desenvolvimento sustentável é o caminho para uma empresa superar uma crise econômico-financeira.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, tanto na fase de investigação (PASOLD, 2015, p. 87)<sup>1</sup> quanto na fase de tratamento de dados, foi utilizado o método de abordagem indutivo (PASOLD, 2015, p. 91)<sup>2</sup> e o método de procedimento hipotético e pesquisa bibliográfica.

## 1 EVOLUÇÃO DO DIREITO FALIMENTAR À RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO BRASIL: BREVE ESCOÇO DO NECESSÁRIO

Antes do atual panorama de recuperação de empresas, longo foi o caminho percorrido pela civilização para aperfeiçoar o tratamento concedido ao falido que, no início dos tempos, poderia ser aprisionado, escravizado e até morto pelo credor, caso não saldasse suas dívidas<sup>3</sup>. Revelando-se injustas tais punições, começou-se a construir o entendimento de que, caso não houvesse agido com má-fé, poderia o comerciante ser auxiliado a superar suas dificuldades financeiras.

No Brasil, o primeiro regramento jurídico a tratar do assunto diz respeito às ordenações. As Afonsinas admitiam a cessão de bens, a fim de o devedor evitar a falência; já as Manuelinas estabeleciam que a falência do devedor sujeitava-o à prisão, até que honrasse os pagamentos, podendo ceder seus bens como forma de evitar a segregação (CLARO, 2009, p. 85); as Filipinas começaram a delinear o direito falimentar (REQUIÃO, 1993, p. 14) como figura penal (ARAÚJO, 2009, p. 15).

A peça chave do direito falimentar luso e colonial-brasileiro, contudo, desvinculado das ordenações, foi o Alvará de 13 de novembro de 1756, assinado pelo Marquês de Pombal. A partir daquele momento se reconheceram quatro tipos de impossibilidade de satisfação de compromissos pelos comerciantes: a) impontualidade: a falta de pagamento em dia; b) ponto: a parada total de pagamento; c) quebra: a impossibilidade de pagar as suas obrigações; d) bancarrota: a quebra fraudulenta, onde os culpados eram condenados como públicos ladrões (ARAÚJO, 2009, p. 15).

O referido documento fora extremamente rigoroso no que dizia respeito à falência fraudulenta, impondo aos insolventes castigos que já não mais se admitiam no processo falimentar: pena de morte, banimento para o Brasil ou, ainda, para outra colônia (ARAÚJO, 2009, p. 16). Por outro lado, o comerciante idôneo que caísse em insolvência sem ter concorrido para o evento (se sofresse perdas vultosas em alto mar, por exemplo), estaria isento de responsabilidade, entretanto, deveria se sujeitar a um procedimento especial, apresentando-se à Junta Comercial, confessando

1 “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”

2 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”

3 O Código de Hamurabi (século XVIII a.C) previa o oferecimento de pessoas como garantias de dívidas. Entre tantas, cite-se a seguinte disposição: § 117 Se uma dívida pesa sobre um awilum e ele vendeu sua esposa, seu filho ou sua filha ou entregou-se em serviço pela dívida: trabalharão durante três anos na casa de seu comprador ou daquele que os tem em sujeição; no quarto ano será feita sua libertação (BOUZON, 1976, p. 57). Já a Lei das XII Tábuas, no século V a.C, pregava a morte no caso de insolvência. É o que se extrai da Tábua III, segundo a versão de Ortolan, com a tradução de Sílvio Meira: Se são muitos os credores é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos (*Tertiis nundinis partis secanto; plus minusve secuerint, ne fraude esto*); se os credores preferirem, poderão vender o devedor (como escravo) a um estrangeiro, além do Tibre (*trans Tiberium*) (LIMA, 1983, p. 646-647).

a falência e apresentando os livros obrigatórios, sob pena de tornar-se fraudulenta a quebra (REQUIÃO, 1993, p. 15).

Para Requião (1993, p. 15), o Alvará de Marquês de Pombal, constitui “o ponto de partida para o estudo da instituição falimentar no direito pátrio”, ideia compartilhada por Claro (2009, p. 85), para quem “este regramento jurídico é considerado como o marco inicial do instituto da falência no ordenamento jurídico do Brasil”.

A partir deste ponto, o instituto da falência no Brasil conheceu quatro fases importantes: a) a primeira fase corresponde a época do Brasil Imperial, quando restou editado nosso Código Comercial, em 1850. Em sua terceira parte, tratava “Das Quebras”, dispondo sobre a falência e a concordata suspensiva da falência; b) a segunda fase, com o Brasil República, refletiu o desejo de compatibilizar o direito falimentar com o clamor social e político dos novos tempos. Assim, foi editado o Decreto nº 917, de 24.10.1890, que reformou a parte do Código Comercial que tratava “Das Quebras” e introduziu a concordata preventiva; c) a terceira fase iniciou com a Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que simplificou o mecanismo processual da lei, aperfeiçoou os princípios que informavam o Decreto nº 917/1890, corrigindo suas falhas; d) a quarta fase histórica da falência corresponde à edição do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

O Decreto-Lei nº 7.661/45 refletiu, na época, a nova ordem mundial capitalista e o ideário nacional-desenvolvimentista, cujo objetivo era a criação de uma indústria moderna, mediante planejamento econômico e, principalmente, intervenção do Estado na economia e na própria sociedade organizada (CLARO, 2009, p. 87). Deu ênfase ao instituto da falência, permitindo a continuidade do negócio pelo falido e da concordata, tanto preventiva quanto suspensiva.

Machado (2007, p. 22) aponta que “raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios”. Os tempos modernos exigiam, portanto, um mecanismo mais aprimorado aos rumos da economia mundial, fortemente influenciada pela globalização, objetivando, justamente, a preservação da empresa. Era necessário um instrumento com maior flexibilidade, que conferisse maiores oportunidades para a empresa superar suas crises.

Após uma longa tramitação no Congresso Nacional, veio à luz, então, a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que introduziu formalmente o instituto da recuperação judicial em nosso ordenamento jurídico. A nova lei refutou o objetivo liquidatório-solutório pelo qual se pautava a legislação anterior, que perdurou por seis décadas, apresentando novos mecanismos jurídico-econômicos “para que a empresa em crise possa buscar o soerguimento necessário à sua manutenção no mercado competitivo” (CLARO, 2009, p. 21).

O aparecimento de instrumentos destinados ao soerguimento de uma empresa em dificuldades financeiras resultou especialmente da consciência de que a falência envolvia outros interesses e atores, além dos interesses do devedor e de seus respectivos credores.

Tornou-se necessário, assim, introduzir um novo conceito acerca do instituto e do aprofundamento de seus objetivos perante os credores, o devedor e a própria sociedade. Nesse momento histórico do ordenamento jurídico brasileiro, a recuperação de uma empresa em crise

não mais se limitaria à mera satisfação dos credores. Fazia-se necessário, ademais, “conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa, que, afinal de contas, é mandamento constitucional” (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 119).

Daí porque, para Lobo (2009, p. 123-124),

[...] a recuperação judicial é o instituto jurídico fundado na ética da solidariedade, que visa a sanar o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia [...].

Portanto, é preciso que a empresa seja viável para que seja efetivamente recuperada e supere a crise econômico-financeira, sob pena de se transferir aos credores o risco da atividade. Significa dizer que a recuperação judicial deverá ser “capaz de restabelecer o curso normal das coisas, retornando o risco da atividade ao seu titular” (TOMAZETTE, 2014, p. 46). A viabilidade, por sua vez, “deve ser demonstrada no processo para que se possa conceder a recuperação judicial” (TOMAZETTE, 2014, p. 46). A superação da crise econômico-financeira é, desta feita, o objetivo primordial da recuperação judicial.

Em vista do panorama acima traçado, observa-se que o legislador enumerou, no artigo 47 da Lei n.º 11.101/05, os objetivos específicos da recuperação judicial, *in verbis*:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (BRASIL, 2005).

O saneamento dessa situação de crise, contudo, não pode ser tido como único intuito do legislador, afinal, a recuperação judicial “não é mera solução de dívidas e encargos. Tem em conta a concretização da função socioeconômica da empresa em todos os seus aspectos” (FAZZIO JUNIOR, 2015, p. 123).

Dentre os objetivos específicos previstos pelo legislador, destaca-se a manutenção da fonte produtora, ou seja, da própria empresa e da atividade por ela desenvolvida. Vale dizer que “o primeiro objetivo específico prevalece sobre os demais, é ele que deve pautar todas as medidas da recuperação judicial”, na medida em que essencial em vista dos demais, considerados secundários (TOMAZETTE, 2014, p. 47).

Isto porque, na ação de recuperação judicial, conforme explica Fazzio Júnior (2015, p. 123-124), “o objeto mediato é a salvação da atividade empresarial em risco e o objeto imediato é a satisfação, ainda que impontual, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores [...]”.

Ainda, Pacheco (2013, p. 2) afirma que:

[...] tendo em vista a multiplicidade de interesses na permanência, continuidade e preservação da empresa, na aplicação da lei que venha a incidir, na hipótese de estar o empresário ou sociedade empresária em crise econômico-financeira, deve-se atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, nos precisos termos do art. 5º da Lei de Introdução.

Por fim, exsurge da própria lei a fundamentação principiológica do instituto recuperacional, baseado na função social da empresa, sua preservação, na dignidade da pessoa humana e na viabilidade econômica. Neste sentido, o princípio da preservação da empresa possibilita a proteção dos “interesses sociais em benefício da comunidade, como forma de tutela dos direitos humanos, e, em particular, da dignidade da pessoa humana” (PERIN JUNIOR, 2009, p. 34). Trata-se, nos dizeres de Mamede (2006, p. 182), de “metanorma que é diretamente decorrente da anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social”.

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao da preservação da empresa, nos dizeres de Queiroz (2006, p. 7-20), “um princípio universal do direito, da economia e das ciências sociais é o de que o único núcleo de desenvolvimento econômico e social que existe é a empresa”; assim, além da prática do mero assistencialismo, é preciso “preservar a dignidade da pessoa humana mediante a manutenção da empregabilidade, alcançada com a preservação da célula social, bem público caracterizado sob a forma de empresa” (QUEIROZ, 2006, p. 15).

Com efeito, ao se preservar a empresa, preserva-se a dignidade da pessoa humana. Tais premissas devem ser observadas como sendo o

[...] princípio supremo da ordem constitucional e também como fim último da ordem econômica, exigindo que a atividade econômica contribua para a sua efetivação. Se a atividade econômica proporciona a indignidade, estará em desacordo com a Constituição Federal, impondo-se a ação restauradora do Estado e da sociedade (PERIN JUNIOR, 2009, p. 112).

Por fim, deve-se dizer que a manutenção de uma fonte produtora não deve ser defendida a qualquer custo, devendo ceder à sua inviabilidade econômica. Há um limite a ser observado na busca pela recuperação da empresa em crise: sua viabilidade econômico-financeira. Assim sendo, embora seja papel do Estado fornecer meios para que uma empresa em crise possa se recuperar, também configura atribuição estatal manter o mercado competitivo preservado:

Noutros termos, se de um lado existem os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, devidamente encartados na Constituição Federal, por outro lado há uma ilação lógica e inarredável de que esse mesmo empreendedor, que se aventura no mercado, tem inequívoca ciência de que poderá ser dele afastado caso não reúna as condições mínimas de se manter na competitividade (CLARO, 2009, p. 177).

Para Fazzio Júnior (2015, p. 16), ainda que se considere a importância que exerce a atividade econômica organizada no bojo de uma sociedade pluralista e de livre iniciativa, “sempre é aconselhável ter em mente o desserviço prestado pela empresa assolada pela insuficiência de meios de pagamento e pela desestruturação”.

Assim, o deferimento ou não do processamento do pedido de recuperação judicial deve levar em conta a capacidade do devedor em honrar seus compromissos:

O passivo exigível é o critério econômico determinante para a abertura dos processos de recuperação, que toma por base a escrituração contábil e o passivo do devedor. Se o passivo não estiver a ponto de comprometer as atividades, deve-se observar o interesse da sobrevivência da empresa (MARZAGÃO, 2007, p. 86).

Importa analisar se a empresa se encontra em estado reversível de dificuldade, ou seja, se a crise de liquidez é temporária e igualmente premente, sob pena de se postergar o resultado inevitável da liquidação, conforme explica Marzagão (2007, p. 85-86). Para identificar a viabilidade, alguns vetores podem ser utilizados, tais como importância social, mão-de-obra e tecnologia empregadas, volume do ativo e passivo, tempo de empresa e porte econômico (COELHO, 2006, p. 383-385). Não havendo viabilidade econômica, não logrará êxito a empresa em seu plano de recuperação. Não havendo viabilidade econômica, não há como manter-se a fonte produtora e os empregos, tampouco cumprir a função social e o estímulo à atividade econômica.

Esse conjunto de implicações positivas geradas pela recuperação empresarial, revela a contundente relação do instituto com os objetivos do desenvolvimento sustentável e com a sustentabilidade empresarial conforme será exposto, pois há relação de afinidade mútua com a concretização de valores e princípios constitucionais relacionados com o desenvolvimento da empresa e da sociedade como um todo.

## **2 DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL À SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL**

A partir da década de 1960 fica mais evidente preocupação com o meio ambiente. O primeiro grande movimento da comunidade internacional contemplando discussões desta natureza resultou na criação do Clube de Roma, que em 1972 publicou o relatório intitulado “Limites do Crescimento”, o qual abordava temas cruciais para o futuro da humanidade, como poluição, energia, saneamento, meio ambiente, crescimento populacional.

Também em 1972, a ONU expressou formalmente sua preocupação com os problemas ambientais, realizando em junho daquele ano, em Estocolmo, a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente. Na sequência, em 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, cujo lema era: “Uma agenda global para a mudança”. Após três anos de trabalho, em 1987, a comissão apresentou seu relatório final, intitulado “Nosso futuro comum”.

Referido documento representa um marco teórico na construção do conceito do termo “Desenvolvimento Sustentável”, lá definido como sendo aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (CMMAD, 1991, p. 46). Deste então, o termo “Desenvolvimento Sustentável” passou a constar em todos os documentos gerados pela agenda ambiental da ONU – Agenda 21: Programa de Ação Global e a Carta do Rio de Janeiro, em 1992; Rio+5, em 1997; Rio+10, 2002 e a Rio+20, em 2012 (BOFF, 2016, p. 35-36).

Representa, portanto, o paradigma da atual civilização: uma ressignificação do mundo e o caminho para resolver (ou ao menos amenizar) os problemas globais. Deve ser compreendido “como sendo a conciliação entre a preservação do ambiente e desenvolvimento socioeconômico”, capaz de criar grandes oportunidades de negócios, harmonizando a geração de lucro com os cuidados ambientais (SOARES, 2016, p. 55).

O economista norte-americano Jeffrey Sachs (2017, p. 14) defende que o lado normativo do Desenvolvimento Sustentável apresenta quatro pilares básicos para uma boa sociedade: “a prosperidade econômica; a inclusão e coesão sociais; a sustentabilidade ambiental e a boa governança pelos principais intervenientes sociais, incluindo o Estado e as empresas”.

Assim, ao lado do Estado e da Sociedade Civil, as empresas são fundamentais à concretização dos objetivos sustentáveis. O desenrolar dos tempos e a dinâmica dos acontecimentos de um mundo globalizado passaram a exigir uma postura empresarial que ultrapassasse sua funcionalização com intuito social.

Era preciso que a empresa se desenvolvesse sustentavelmente, planejando ações e estratégias que lhe permitissem, de modo integrado, abordar ampla gama de temas, como os relacionados ao meio ambiente, por exemplo. Era necessário que a empresa buscasse planejar o impacto de suas atividades em relação a questões sociais mais abrangentes sem, contudo, descuidar-se dos efeitos desses temas sobre seu lucro (SAVITZ; WEBER, 2007, p. 4). Era preciso que as empresas adotassem a sustentabilidade como uma decisão estratégica.

Entrava em cena a empresa sustentável, entendida como aquela que harmoniza a “busca legítima por lucro – um dos principais motivadores de crescimento econômico – com a necessidade por desenvolvimento que respeite a dignidade da pessoa humana, a sustentabilidade ambiental e o trabalho decente” (BUCKLEY; SALAZAR-XIRINACHS; HENRIQUES, 2012, p. 263).

O britânico John Elkington cunhou nos anos 90 o termo *Triple Bottom Line*, conhecido como tripé da sustentabilidade: *People* (capital humano), *Planet* (capital natural) e *Profit* (lucro), modelo que considera também o desempenho social e ambiental da empresa, além do econômico.

Entendem Bier e Bassan (2015, p. 149) que empresa sustentável é aquela voltada para o crescimento, rentabilidade, resultados econômicos e, ainda, promoção do desenvolvimento da sociedade e preservação do planeta, referindo-se às três principais dimensões que envolvem a sustentabilidade: ambiental, social e econômica.

Para Savitz e Weber (2007, p. 2), empresa sustentável é aquela que gera lucro para seus acionistas, ao mesmo tempo em que resguarda o meio ambiente e promove melhorias na vida das

pessoas com quem mantém interações. Assim, seria plenamente possível uma empresa obter lucro ao mesmo tempo em que emprega condutas sustentáveis, transformando a sociedade.

Portanto, a empresa sustentável representa um modelo para o diálogo global sobre o crescimento e o desenvolvimento, mas também para uma discussão mais específica sobre o desenvolvimento de empresas e, dentro disso, oferece um modelo sólido para estruturar o debate sobre regulação e a ação voluntária na esfera dos negócios (BUCKLEY; SALAZAR-XIRINACHS; HENRIQUES, 2012, p. 14). Ética empresarial é, assim um termo muito restrito para o que se trata aqui e diz respeito notadamente às escolhas específicas dos gestores em si (SAVITZ; WEBER, 2007, p. 4).

O florescer de uma empresa sustentável reclama uma grande variedade de fatores, cuja importância relativa pode variar em diferentes estágios de desenvolvimento e em diferentes contextos culturais e socioeconômicos. Todavia, algumas condições são consideradas essenciais, desde que interligadas e mutuamente reforçadas: boa governança, diálogo social, concorrência justa, boa gestão da economia, respeito pelos direitos humanos e pelas normas trabalhistas internacionais, educação regular, técnica e continuada da mão de obra, justiça social e inclusão social (com igualdade de oportunidade de emprego), responsabilidade social corporativa, manejo responsável do meio ambiente, entre outros (BUCKLEY; SALAZAR-XIRINACHS; HENRIQUES, 2012, p. 264). Como se observa, para que uma empresa possa realmente ser considerada sustentável, não basta promover ações isoladas de sustentabilidade e sim, apresentar mudanças efetivas em sua mentalidade.

A visão clássica de uma empresa – aqui entendida como aquela que prestava contas apenas aos seus acionistas – deve ser substituída pelo conceito de empresa sustentável. No mundo contemporâneo, uma empresa que também não contemple seus consumidores, seus fornecedores, seus colaboradores, encontra-se destinada ao insucesso. Não basta apenas focar na qualidade do seu produto ou serviço, mas portar-se de maneira sustentável, comprometendo-se com a comunidade local e com o meio ambiente (LASZLO, 2008, p. 66-67).

Assim, as empresas sustentáveis terão mais sucesso no futuro do que no presente, pois sua prosperidade se propalará por gerações:

As organizações e as sociedades sustentáveis geram rendimentos como fonte de sobrevivência, em vez de consumir o próprio capital, que, nesse contexto, abrange recursos naturais, como água, ar, energia e alimentos, assim, como ativos humanos e sociais – desde o envolvimento dos trabalhadores até o apoio da comunidade – além dos recursos econômicos, como licença de operação, mercado receptivo e infraestrutura legal e econômica. As empresas até podem consumir seu capital durante algum tempo, mas, em geral, não durante muito tempo. Ao contrário, os empreendimentos que honram os princípios da sustentabilidade são duradouros (SAVITZ; WEBER, 2007, p. 2).

O único modo de uma empresa alcançar o sucesso no mundo interdependente de hoje passa pelo caminho da sustentabilidade. Para tanto, faz-se necessário identificar o grupo de pessoas

que de alguma maneira afetam seu desempenho, as suas ações e as suas decisões (*stakeholders*), perante os quais seja responsável, com quem desenvolva relacionamentos e em relação aos quais descubra meios de trabalhar em busca de ganhos recíprocos. “A longo prazo, essa situação gerará mais lucro para as empresas e mais prosperidade social, econômica e ambiental para a sociedade” (SAVITZ; WEBER, 2007, p. 3).

Laszlo (2008, p. 113) também pensa assim, ao defender que a sustentabilidade imprime vantagem competitiva à empresa e estimula inovações. “Para atuar dessa maneira no contexto competitivo dos dias atuais, exige-se que as empresas mais expressivas considerem cuidadosamente as dimensões ambientais e sociais de suas atividades de negócios”. O grande diferencial de uma empresa reside na abordagem por ela dada a sustentabilidade, social, ambiental e econômica. Quanto mais sustentável uma empresa, mais lucros serão auferidos, resultado de uma gestão empresarial que alia valor econômico e rentabilidade.

E outro não é o pensamento de Souza (2016, p. 257), que traz a sustentabilidade como variável fundamental na gestão empresarial:

Isso implica reforçar o planejamento de longo prazo, mantendo não só a civilização humana com qualidade de vida, mas todo o planeta. É necessário que empresários e dirigentes responsáveis pelas estratégias empresariais (que traduzem em ações concretas) estejam absolutamente convencidos de que o sucesso de seus negócios depende da implementação de uma gestão sustentável.

Portanto, a sustentabilidade empresarial deve ser entendida como atributo intrínseco ao êxito do negócio, como modelo de gestão eficiente na busca de resultados financeiros, sociais e ambientais favoráveis.

### **3 SUSTENTABILIDADE E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS: PARALELAS CONVERGENTES?**

Apartir dessa perspectiva, constata-se que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor. Uma vez exitosa, permite-se a manutenção da fonte produtora, os empregos dos trabalhadores, a satisfação dos interesses dos credores e estimulando-se a atividade econômica. Preserva-se, portanto, a empresa e, conseqüentemente, sua função social.

Afinal, a empresa não pode mais ser definida como mero instrumento jurídico de atividade lucrativa dos sócios ou meio de remuneração dos trabalhadores. Seu conceito moderno ultrapassa tais contornos para alçá-la como “peça fundamental da atividade produtiva nacional e um decisivo elemento, quer de economia regional, quer da vida local” (PERIN JUNIOR, 2009, p. 128-129). Sua retirada do mercado “representa verdadeira agressão ao equilíbrio social, de que o Estado não poderá desinteressar-se” (PERIN JUNIOR, 2009, p. 128-129).

Para Tomazette (2014, p. 46), é importante registrar que “o maior número de interesses

circundando a empresa justifica maiores esforços na busca da recuperação, pois o encerramento de uma empresa socialmente importante gera muitos ônus”. Neste diapasão, a princípio, toda Empresa economicamente viável é recuperável, entretanto, é alta a taxa de insucesso dos procedimentos pré-insolvenciais.

No Brasil, a lei de recuperação judicial entrou em vigor em junho de 2005 e, durante seus treze anos de vigência, se apresentou pouco frutífera. Estudos realizados por órgãos creditícios<sup>4</sup> apontam que apenas uma em cada quatro empresas que ingressam com o pedido de recuperação judicial logra êxito nesta empreitada<sup>5</sup>. A resposta para o insucesso, na grande maioria das vezes, reside na demora da empresa em identificar a iminência da crise. Quase sempre o estado de crise apenas é detectado quando já comprometidas as chances de superá-la.

Portanto, faz-se necessário ir além da mera utilização dos meios recuperacionais para salvaguarda do negócio. O alcance de resultados adequados em procedimento dessa envergadura requer uma mudança cultural de prevenção da crise,

[...] uma maior conscientização da necessidade de uma gestão estratégica e inteligente, orientada para a perenização da empresa; da permanente necessidade de sua modernização e fortalecimento; reinvestindo suas riquezas operacionais para aumentar seu diferencial competitivo, e não, sangrá-la. Requer a adoção de uma consciência preditiva e preventiva, uma mudança de comportamento e atitude (QUEIROZ, 2006, p. 7-20).

A sustentabilidade aparece, assim, como um objetivo a ser buscado pela empresa, a fim de protegê-la em momentos de crise, pois mesmo empresas sustentáveis podem enfrentar intempéries financeiras. Mesmo empresas que apresentam resultados financeiros, sociais e ambientais adequados não se encontram imunes às adversidades do mercado, considerando a dinâmica própria que rege o mundo dos negócios.

Com efeito, ainda que não apresentem problemas de gestão, pode a empresa sofrer os efeitos de crises econômicas que se projetam sobre o sistema da economia de mercado. Questões afetas à desregulamentação do mercado financeiro, aliadas à abertura descriteriosa de linhas de crédito bastam para solavancar a economia. Citem-se, ainda, causas acidentais, como a desvalorização da moeda nacional e conflitos sociais.

Todavia, se atingidas pela crise econômico-financeira, sua postura sustentável permitirá

---

4 Estudo inédito do birô de crédito Serasa Experian acompanhou 3.522 empresas que tiveram a recuperação judicial deferida entre junho de 2005 – ano em que a lei foi criada – a dezembro de 2014 (SERASA EXPERIAN, 2018). Desse número, 946 companhias tiveram o processo encerrado no período. Delas, apenas 218 (ou 23%) voltaram à ativa. A realidade para as demais 728 foi ter a falência decretada (BRANT, 2019).

5 A título de comparação, na Comarca de Brusque/SC, desde a vigência da lei 11.1101/05, ingressaram 11 pedidos de Recuperação Judicial. Destes, 01 foi indeferido; 02 pediram desistência e 05 foram convalidados em falência (diante do não cumprimento do plano de recuperação), o que provavelmente ocorrerá em relação aos demais feitos ainda em tramitação, considerando a dificuldade de cumprir-se os compromissos acordados no pacto recuperacional. Apenas um processo foi finalizado com o cumprimento do plano de reestruturação, embora a empresa recuperanda tenha diminuído consideravelmente suas atividades deste então, pois o plano de recuperação incluía a venda de seus imóveis e do parque fabril. Atualmente, a empresa desenvolve suas atividades em imóvel locado e sua produção não atinge 15% do volume movimentado antes do procedimento pré-falencial. Disponível em Sistema de Automação Judiciário - SAJ.

que o desequilíbrio seja detectado em seus primeiros sinais, possibilitando o manejo dos instrumentos recuperacionais no momento oportuno, quando ainda capazes de produzir efeitos positivos. Além disso, sua postura sustentável ampliará o leque de medidas recuperacionais de que poderá utilizar-se.

Nesse sentido, cite-se, por exemplo, a comercialização de créditos de carbono mediante a emissão de Certificados de Emissões Reduzidas - CERs. Com a ratificação pelo Brasil do Protocolo de Kioto (Tratado Internacional de Compromisso de Redução de Poluentes no Meio Ambiente), afigura-se perfeitamente viável e factível que sociedades empresárias possam comercializar os chamados CERs, conhecidos como certificados de crédito de carbono. Uma empresa em recuperação portadora de tais certificados poderá negociá-los no mercado, ampliando suas possibilidades de captar ativos financeiros (GUERRA, 2016, p. 206).

Deste modo, uma empresa com conduta sustentável provavelmente também terá maior êxito na contratação de um seguro-caução como forma de garantir o cumprimento das obrigações previstas no plano e evitar a convolação da recuperação em falência. Se bem utilizado, de forma específica para atender o devedor em crise econômico-financeira, poderá se transformar em potencial meio de recuperação (GUERRA, 2016, p. 208).

Considere-se, ainda, que uma empresa que tenha se preocupado com a dimensão social da sustentabilidade, mantendo relações saudáveis com seus colaboradores, fornecedores e a sociedade em geral, por certo contará com a boa vontade destes na execução do plano de recuperação. O comprometimento dos empregados, bem como a confiança dos credores influenciará positivamente na consecução do pacto de reestruturação.

Assim, prever a crise e dispor de antemão de planos de reestruturação são medidas que se coadunam com o conceito de empresas sustentáveis. A solução, via de regra, encontra-se dentro da própria empresa, desde que as medidas sejam tomadas no momento adequado. Embora a superação da crise econômico-financeira seja o objetivo finalístico dos institutos recuperacionais, nada impede que sejam utilizados de forma antecipada, diante da iminência de uma crise.

Tomazette (2014, p. 47) entende que o objetivo geral da recuperação é a superação da crise ou sua prevenção, “embora o texto da Lei não pareça ter esse objetivo, a lógica impõe que se reconheça essa possibilidade, pois não há dúvida de que se a crise é evitável, é muito melhor impedi-la de começar do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la”.

Isto posto, é na atuação sustentável e preventiva que a recuperação terá maiores chances de tornar-se exitosa. É na iminência da crise que os gestores devem mobilizar-se para o ingresso de medidas que visem evitar a falência da empresa. Caso contrário, quando já instalada a situação crítica, dificilmente se terá sucesso. Nesse contexto, a empresa sustentável encontra-se melhor preparada para superar uma crise financeira a partir dos mecanismos recuperacionais, a fim de permanecer no mercado. Todavia, é possível manter-se sustentável durante o procedimento de recuperação?

A sustentabilidade deve ser compreendida, portanto, como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte

para se chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção (LEFF, 2011, p. 15).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das reflexões expostas, é possível afirmar que são os ideais sustentáveis que guiarão as relações econômicas no futuro. O desenvolvimento sustentável e de qualidade encontra-se consubstanciado na prosperidade econômica, na preservação ambiental, na inclusão social. Neste sentido, ressaltam Okafor e Ibietan (2019), acerca do conceito de desenvolvimento sustentável:

[...] development that meets the needs of the present without compromising the ability and capacity of future generations to meet their own needs. Sustainable development is manifest in different nuances and in different translations: the Norwegian emphasis is on “bearing capacity”, the English translation highlights durability and conservation, the Polish refers to balanced development and in some other languages it means “balanced householding.” These translations have one thing in common, they point to “restraint” and “balance”.

A grande maioria dos países do mundo preocupa-se com a consecução destes objetivos, mesmo aqueles que desconhecem a realidade “abaixo da linha da pobreza” e cumprem suas obrigações com o meio ambiente, pois não há limites territoriais que possam barrar os efeitos de uma crise humanitária ou da degradação ambiental. A sustentabilidade reclama igualdade de oportunidades, capital circulante, acesso ao mercado de trabalho, dentre outras demandas.

Ao lado do Estado e da sociedade civil, as empresas são fundamentais à concretização da sustentabilidade. Contudo, para além de cumprir seu papel no caminho do desenvolvimento sustentável, é justamente a conduta sustentável da empresa que poderá lhe conferir efetividade, principalmente quando se utilizar dos instrumentos recuperacionais, cada vez mais em voga diante da instabilidade econômica dos tempos modernos.

A sustentabilidade afigura-se, portanto, como critério normativo ao êxito de uma empreitada recuperacional, vez que a realidade tem demonstrado que, apenas a existência de instrumentos jurídico-econômicos para tal fim, são insuficientes para superar a crise. Embora toda a empresa possa ser recuperável, o êxito do plano de reestruturação encontra-se diretamente associado ao momento adequado da percepção da crise. A grande maioria das empresas demora a identificar seu estado de crise ou, identificando-o, tarda ou perde o momento adequado à busca das soluções, o que a leva diretamente à sucumbência.

Portanto, a prevenção da crise ainda é o caminho mais econômico e, certamente, mais seguro de uma empresa obter êxito em se recuperar. E, atentos aos sinais de alerta, os gestores devem buscar ajuda tão logo identificada a situação crítica. A falha, entretanto, não pode ser atribuída apenas à rigidez da norma ou ao engessamento da máquina judiciária.

Culturalmente, somente depois de instalada a crise na empresa é que seus gestores se

desacomodam. Parte disso deve-se, também, à ideia de soerguimento acompanhada de desvios intencionais de postergação das dívidas e não previsão de manutenção da empresa de forma sustentável a médio e longo prazo.

Afigura-se, portanto, inevitável o declínio das empresas sem gestão eficiente e sustentável. Nenhum instrumento de reestruturação jurídico-econômico servirá como “medida de cura” para uma empresa inviável. Neste cenário, a empresa que adotou postura sustentável por certo lograra êxito na atuação preventiva, bem como disporá de maiores meios para recuperar-se.

Registre-se que a recíproca também é verdadeira, à medida que os mecanismos de reestruturação de empresas contribuem para o equilíbrio da sustentabilidade, pois o encerramento das atividades de uma empresa compromete o desenvolvimento sustentável. Isto pois os efeitos da quebra de uma empresa não ficam adstritos à suas relações contratuais, vez que não se trata de um mero fato da vida comercial.

O aumento do número de desempregados gera sequelas não só econômicas, mas também sociais e psicológicas. O encerramento das atividades faz cessar o recolhimento de tributos, comprometendo a execução das políticas públicas por parte do Estado. Indiretamente, ainda, aumenta a criminalidade e compromete a segurança pública, o sistema de saúde, a educação. Considere-se, ainda, a diminuição da concorrência, com potencial abuso de posição dominante pelos concorrentes remanescentes.

Ademais, eventual concentração de mercado pode refletir no aumento do preço dos produtos/serviços desenvolvidos pela empresa extinta. Tais ocorrências fomentam a exclusão social, as desigualdades e comprometem o mínimo existencial. Acrescente-se a isso a degradação ambiental, resultado da deterioração do parque fabril e do tratamento inapropriado dos resíduos industriais.

Portanto, a quebra de uma empresa produz reflexos de toda ordem: econômicos, sociais, ambientais, os quais comprometem o desenvolvimento da comunidade em que se encontrava inserida. Compromete, assim, o desenvolvimento sustentável, conceito esse primordial à nossa época. Há quem defenda que, “no fundo, a expressão ‘desenvolvimento sustentável’ é um valor similar ao seu mais nobre antepassado, a justiça social” (VEIGA, 2010).

Por outro lado, os instrumentos recuperacionais, ao oportunizarem a superação da crise econômico-financeira, permitem não só o pagamento dos credores; permitem a manutenção da fonte produtora, o emprego dos trabalhadores, o estímulo à atividade econômica. Preservam a empresa e sua função social. Ou seja, muito além de possibilitarem a quitação das dívidas pela empresa devedora, revelam-se verdadeiros instrumentos capazes de perfectibilizar a justiça social.

Por fim, tem-se que recuperação de empresas e sustentabilidade contemplam, ambas, o bem-estar coletivo, caminhando no mesmo sentido. São trilhas que, em algum momento do seu trajeto, confluem na mesma direção, contribuindo ampla e mutuamente ao desenvolvimento socioeconômico das empresas e da sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, José Francelino. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BIER, Fernanda; BASSAN, Dilani Silveira. Responsabilidade social e ambiental: um estudo de caso em uma empresa de tecnologia em Porto Alegre. **Colóquio: Revista do Desenvolvimento Regional – Faccat, Taquara**, v. 12, n. 1, p. 149-164, jan./jun. 2015.
- BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.
- BOUZON, Emanuel. **O código de Hamurabi**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.
- BRANT, Danielle. Só uma em cada quatro empresas sobrevive após recuperação judicial. **Bicalho**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.bicalho.com/so-uma-em-cada-quatro-empresas-sobrevive-apos-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 1 jan. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 1 jan. 2020.
- BUCKLEY, Graeme; SALAZAR-XIRINACHS, José Manuel; HENRIQUES, Michael. **A promoção de empresas sustentáveis**. Curitiba: Editora Intersaberes, 2012.
- CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: LTr, 2009.
- CMMAD - COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GUERRA, Luiz. Da abordagem econômica à lei da recuperação de empresas. *In*: GRAU, Eros Roberto; SABOYA, Cláudia Maria Martins; ABRÃO, Carlos Henrique (org.). **O direito dos negócios**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- LASZLO, Chris. **Valor sustentável: como as empresas mais expressivas do mundo estão obtendo bons resultados pelo empenho em iniciativas de cunho social**. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2008.
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder**. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- LIMA, João Batista de Souza. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 646-647.
- LOBO, Jorge. Artigos 35 a 69. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo Fernando

Campos Salles (coord.). **Lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão geral da nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da Recuperação Judicial. *In*: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperações de empresas**. 2. ed. São Paulo: Quartierlatin, 2007.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. *In*: MACHADO Rubens Approbato (coord.). **Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática: lei nº 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OKAFOR, Stephanie C.; IBIETAN, Jide. The Judicial Institution in Nigeria and sustainable development goal 16: a structural functionalist application. **International Journal of Innovative Development and Policy Studies**, Estónia, v. 7, n. 2, p. 64-79, 2019. Disponível em: <http://seahipaj.org/journals-ci/june-2019/IJIDPS/full/IJIDPS-J-8-2019.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2019.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na lei de falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Jorge. Prevenção de crises e recuperação de empresas. *In*: OLIVEIRA, Fátima Bayma (org.). **Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova Lei: Lei 11.101/05 de 09.02.2005**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

SACHS, Jeffrey D. **A era do desenvolvimento sustentável**. Lisboa: Actual, 2017.

SAVITZ, Andrew W.; WEBER, Karl. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SERASA EXPERIAN. **Pedidos de falências caem 24,9% no primeiro trimestre**. 2018. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/pedidos-de-falencias-caem-249-no-primeiro-trimestre-revela-serasa-experian>. Acesso em: 4 dez. 2019.

SOARES, Josemar Sidinei. Dignidade e sustentabilidade: fundamentos para uma responsabilidade pessoal, social e jurídica. *In*: REAL FERRER, Gabriel; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. Antunes (org.). **Sustentabilidade e suas interações com a ciência jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2016. (Coleção Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade).

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes. Sustentabilidade corporativa: uma iniciativa de cunho social transformando o meio ambiente. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 45, p. 245-262, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 3.

VEIGA, José Eli. **Sustentabilidade**: a legitimação de um novo valor. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2010.

**Como Citar**: LANZARINI, Clarice Ana. BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade empresarial como critério normativo à efetividade do instituto da recuperação judicial. **Scientia Iuris**. Londrina, v.24, n.1, p. 124-141, março 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p124. ISSN 2178-8189.

Recebido em 21/01/2020

Aprovado em 27/02/2020

**BIOÉTICA, GESTÃO DO MEIO AMBIENTE E PAGAMENTO  
POR SERVIÇOS AMBIENTAIS: TEORIA E PRÁTICA DE UMA  
ESTRATÉGIA PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO SISTEMA  
CAPITALISTA**

BIOETHICS, ENVIRONMENTAL MANAGEMENT AND PAYMENT  
FOR ENVIRONMENTAL SERVICES: THEORY AND PRACTICE  
OF A STRATEGY FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION IN THE  
CAPITALIST SYSTEM

**Evandro Luan de Mattos Alencar\***  
**Raimundo Wilson Gama Raiol \*\***

\*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Especialista em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Email: [alencar.ufpa@gmail.com](mailto:alencar.ufpa@gmail.com)

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduado em Licenciatura em Disciplinas Especiais de 2º Grau pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Email: [raimundoraiolraiol@bol.com.br](mailto:raimundoraiolraiol@bol.com.br)

**Como citar:** ALENCAR, Evandro Luan de Mattos. RAIOL, Raimundo Wilson Gama. Bioética, gestão do meio ambiente e pagamento por serviços ambientais: teoria e prática de uma estratégia para proteção ambiental no sistema capitalista. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 142-164, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p142. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** O presente artigo objetiva realizar uma discussão bioética sobre gestão do meio ambiente e o pagamento por serviços ambientais. Adotar-se-á metodologia de pesquisa qualitativa, de viés sócio-jurídico, com coleta bibliográfica e documental e revisão de literatura, para responder ao problema de como o pagamento pela manutenção dos serviços ambientais se apresenta como uma proposta bioética à promoção da saúde e preservação dos bens ambientais, no contexto da gestão de recursos naturais, no sistema capitalista. Os resultados evidenciam que o pagamento por serviços ambientais é uma estratégia jurídica e econômica para enfrentar as questões da saúde coletiva e da tutela ambiental.

**Palavras-chave:** Bioética; Meio Ambiente; Saúde; Capitalismo; Serviços Ambientais;

**Abstract:** This article aims to conduct a bioethical discussion on environmental management and payment for environmental services. The methodology to be adopted will be qualitative research, with a socio-juridical bias, with bibliographical and documentary data collection, to answer the problem of how the payment for the maintenance of environmental services

presents itself as a bioethical proposal for the promotion of health and preservation of environment in the context of natural resource management in the capitalist system. The results show that payments for environmental services are a juridical and economic proposal to face the issues of collective health and environmental protection.

**Keywords:** Bioethics; Environment; Health; Capitalism; Environmental Services;

## 1 INTRODUÇÃO

A bioética, atualmente, configura-se como campo do conhecimento responsável por tratar, de modo interdisciplinar, acerca de os dilemas morais e éticos oriundos das ciências da vida e da saúde. É disciplina que se apresenta como uma alternativa crítica ao paradigma médico e biológico, e, por isso suas reflexões implicam em diversas áreas do saber humano e de sua prática.

A aproximação entre a bioética e as diretrizes políticas da gestão ambiental possibilita uma interessante contribuição para o debate acerca da preservação do meio ambiente, modelo de desenvolvimento econômico, modo de organização social, valores individuais e coletivos da relação do homem com a natureza e seus recursos, uma vez que a bioética oferece críticas em relação a temas do ambientalismo e de saúde coletiva, como as agressões ao equilíbrio sistêmico das espécies e a ecoética (CASSOL e QUINTANA, 2012, p. 2236).

Na gestão ambiental, em especial nas regulamentações de direito internacional do meio ambiente e nos fundamentos constitucionais básicos sobre o assunto, é perceptível um arcabouço teórico principiológico que contempla grande parte das preocupações da bioética ambiental, como, por exemplo, o futuro da condição humana, a estrita ligação entre a saúde coletiva e o meio ambiente, os modelos de desenvolvimento econômico e seus reflexos diretos na qualidade de vida humana etc.

É relevante frisar que o atual cenário, que proclama a denominada crise ambiental, é caracterizado pela reprodução ilimitada do capital e a constatação da existência de limites físicos, orgânicos e químicos para sua expansão. Além disso, evidenciam-se seguidas violações às forças de trabalho e exploração da natureza em larga escala, o que eleva o custo do processo produtivo com a incorporação de externalidades negativas (QUINTANA e HACON, 2011, p. 428).

Na tentativa de oferecer respostas aos problemas do esgotamento do modelo de desenvolvimento econômico e seu reflexo no meio ambiente, as correntes do pensamento bioético e ecológico apresentam diversificadas respostas para as necessidades atuais. Dentre muitas, Butzke (2012, p. 30) destaca a criação de mecanismos de incentivos positivos, constituídos a partir da lógica capitalista, para recompensar o cidadão e as empresas que invistam na preservação ambiental.

Nesse panorama, a busca por meios de efetivar a tutela ambiental em meio ao avanço, expansão e consolidação do modelo capitalista de exploração desmedida dos recursos naturais, provoca uma preocupação da manutenção da qualidade dos denominados serviços ambientais, os quais são oferecidos pela natureza, em decorrência do funcionamento dos ecossistemas saudáveis e em equilíbrio.

Desse modo, as estratégias para alcançar a preservação do meio ambiente, e, também, da qualidade da prestação dos serviços ambientais, precisa ser repensada dentro das condições impostas pelo sistema político e econômico vigente. Logo, os bens naturais explorados como valores de mercado seriam uma maneira de garantir a manutenção da biodiversidade, a preservação dos mesmos e de aproveitamento desses recursos naturais de maneira mais sustentável e equilibrada.

Nesse contexto, os pagamentos pela manutenção da qualidade dos serviços ambientais são uma alternativa ecológica, dentro da proposta do sistema político-econômico vigente, para a preservação do meio ambiente e promoção da saúde ambiental, embora existam relevantes questionamentos a respeito da valoração ambiental e o real *status* dos recursos naturais.

É a partir desse pressuposto teórico e prático e do pertinente debate supracitado que se apresenta a pergunta-problema norteadora do presente trabalho: *Como o pagamento pela manutenção dos serviços ambientais se apresenta como uma proposta bioética à promoção da saúde e preservação dos bens ambientais no contexto da gestão de recursos no sistema capitalista?*.

Assim, para responder ao problema mencionado, objetiva-se realizar uma reflexão quanto a temas correlatos à bioética, à gestão do meio ambiente e ao pagamento por serviços ambientais. Para alcançar o objetivo geral proposto, almeja-se: i) analisar os pressupostos teóricos da bioética ambiental e sua correlação com a gestão do meio ambiente no sistema capitalista; e, por fim, ii) descrever aspectos conceituais sobre os serviços ambientais e seu sistema de pagamento.

Logo, a justificativa para perquirir tal tema decorre da necessidade de aprofundar o entendimento a respeito do assunto, dado o contexto supramencionado, caracterizado pela complexidade teórica de correntes, pluralidade de ideias e concepções relativas a questão ambiental. Além disso, é importante para oferecer contribuições à literatura especializada, no que se refere a propostas viáveis para a solução da crise ambiental no contexto capitalista.

A metodologia adotada será a pesquisa qualitativa, de viés sócio-jurídico, proposta por McConville e Chui (2007, p. 77), que busca descrever, explicar e criticar os fenômenos jurídicos, utilizando disciplinas auxiliares como a filosofia moral, a antropologia, a economia e a sociologia, para dar respostas ao problema em discussão e embasamento substancial ao texto.

A coleta de dados para fins de revisão de literatura será realizada por meio da técnica de pesquisa de levantamento bibliográfico e documental (SEVERINO, 2010, p.122), que se utiliza de categorias teóricas trabalhadas por outros pesquisadores em fontes bibliográficas, como livros, legislações e revistas científicas especializadas, de línguas portuguesa, espanhola e inglesa. Para alcançar os resultados almejados realizar-se-á uma digressão em dois momentos, a saber: i) apresentação do panorama teórico da bioética ambiental, descrição das correntes ambientalistas e os desdobramentos na gestão do meio ambiente; e ii) discussão de aspectos conceituais e críticos a respeito dos serviços ambientais e seu sistema de pagamento.

## 2 BIOÉTICA AMBIENTAL E GESTÃO DO MEIO AMBIENTE

Na atualidade, a bioética se apresenta como um recente campo de estudo e conhecimento que busca discutir questões morais e éticas no tocante a vida humana, o progresso da ciência, a saúde e o meio-ambiente. São questões, em geral, enfrentadas por filósofos, pensadores e cientistas, que se deparam com a complexidade desses novos dilemas e buscam oferecer orientações razoáveis para a ação humana.

A bioética também apresenta uma faceta de preocupação ambientalista e, por isso, torna-

se uma importante disciplina para auxiliar na gestão do meio ambiente, dos recursos naturais e de questões transdisciplinares complexas que envolvem as mais diversas áreas do saber.

Pela finalidade do trabalho, apresentar-se-á nos tópicos a seguir a bioética ambiental, sua gênese e estado da arte e aspectos relevantes quanto a políticas de governança do meio ambiente no contexto capitalista.

## 2.1 Bioética ambiental e seu estado da arte

Segundo Alarcón (2004, p.152), o conceito de bioética foi utilizado pela primeira vez, por Vans Rensselaer Potter, biólogo da Universidade de Wisconsin, em 1971, no livro intitulado *“Bioethics: bridge to the future”*, com o sentido de *“ser a ciência responsável pela participação racional, porém cautelosa, no processo de evolução biológica e cultural”*.

Conforme asseveram Carvalho, Pessini e Campos Jr (2006, p. 615), Potter influenciado por Aldo Leopold, engenheiro florestal e professor na Universidade de Yale, almejava criar uma área do saber que aproximasse as preocupações dos problemas ambientais, como, por exemplo, os modelos de desenvolvimento econômico, os seres humanos, a necessidade de preservação do meio ambiente, os conhecimentos biológicos e os valores humanos em uma só disciplina.

Por conseguinte, foi Warren Reich, na obra *“Encyclopedia of bioethics”* em 1978, o primeiro autor que afirmou a dimensão médico-sanitária e de ética científica da bioética, ao considerá-la como o estudo sistematizado da conduta humana, examinada à luz dos princípios e valores morais, na área da ciência da vida e da atenção à saúde (NAMBA, 2015, p. 9).

Nesse primeiro momento, conforme certifica Junges (2011, p. p.172), o nascimento da bioética apresenta-se, em seu contexto, como uma forma de reclamar direitos e diretrizes morais por parte de pacientes, diante de inúmeros abusos médicos em atendimentos clínicos, experiências científicas e, também, pelo motivo da emergência de seu enfoque em relação as dinâmicas socioculturais e econômico-políticas de gestão da vida.

Logo, percebe-se que a bioética aspirava ocupar, com mais interdisciplinaridade entre as ciências, um espaço destinado à ética ambiental e aos seres vivos, bem como demonstrava a pretensão de ser um campo de discussão da ética médica e das ciências da vida, e seus problemas atuais, como tecnologia, vida, natureza, reprodução, morte, genética e outros dilemas morais.

Ainda assim, é importante frisar a pluralidade de sua extensão teórica, conforme compreende Abel (1989, p.16) ao afirmar que o *“el alcance y amplitud en terreno bioético obliga a renunciar a lo que alguien con fortuna ha llamado moral de cercanías. Los límites se extienden al universo entero y a las futuras generaciones”*.

A bioética, portanto, é um conceito de grande amplitude, que abrange o conhecimento humano diverso com aspectos da biologia, e se constitui como uma ciência fundada em prioridades médicas e ambientais para a sobrevivência aceitável dos seres vivos, logo seus pressupostos são tanto a saúde, como as questões ecológicas (CARVALHO, PESSINI E CAMPOS Jr, 2006, p.616).

Dessa forma, asseguram Naves e Sá (2012, p.14):

A Bioética é, portanto, a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais das Geociências, Ciências Biológicas, Ciências Humanas e Ciências da Saúde sobre os organismos vivos, humanos ou não humanos, e seus impactos sobre os ecossistemas. Avalia-se, pois, as interações entre os homens entre esses e outros seres vivos, isto é, é a Ética em todas as suas implicações com a vida, de forma a garantir sua continuidade e a construir parâmetros de dignidade.

Nesse contexto, Carvalho, Pessini e Campos Jr (2006, p.615) salientam que as doenças em seres humanos são ocasionadas, em sua maioria, por desequilíbrios ambientais, o que evidencia uma clara ligação entre bioética, meio ambiente e saúde. Essa correlação implicou na necessidade de especialização da bioética para discutir temas específicos da ética humana, das ciências ambientais e da ecologia.

A percepção de que os problemas ecológicos exigem uma mudança profunda no modo de vida da sociedade, em seu aspecto individual e na sua dimensão coletiva, bem como na produção de bens de consumo, na relação homem-natureza, na mudança de mentalidade e visão do mundo (JUNGES, 2006, p. 22) impulsionou a bioética como uma interlocutora dos dilemas morais e científicos.

Nesse panorama, a bioética ambiental, segundo Santos (2014, p. 73), trabalha com a análise das questões ambientais, tanto locais quanto internacionais, e surge para orientar a tomada de decisão no gerenciamento de problemas ambientais concretos e consolidar uma mudança de pensamento em relação ao meio ambiente.

A bioética, portanto, também apresenta uma faceta reflexiva, crítica e contestadora da relação humana com a natureza e o meio-ambiente, desde o modelo de desenvolvimento socioeconômico, o que perpassa por questionamentos acerca do modo de utilização de recursos naturais, a visão em relação a natureza, seus valores, e até mesmo sobre a inserção do homem sob o domínio e harmonia com a natureza e o seu *status* no planeta.

Esclarece Sala (2015, p. 216) que, a partir da crise ambiental identificada na década de 1960, muitos conceitos surgiram como, a ecosofia, governança ambiental, ecológica, economia ambiental e epistemologia ambiental, dentre outros, entretanto todos esses fenômenos se atrelam à ideia holística da bioética ambiental.

A bioética ambiental, conforme Santos (2014, p. 74), alinha-se às principais discussões que se referem ao ambientalismo, como a clássica dicotomia ética do antropocentrismo e do biocentrismo, os quais, embora apresentem diversificadas correntes e tendências, promovem em grandes contribuições para a discussão em relação ao meio-ambiente, seu modo de geri-lo e também fornece orientações para o pensamento jurídico.

De modo sintético, é possível resumir essa discussão acerca do antropocentrismo e do biocentrismo nos posicionamentos, consoante estabelece Sala (2015, p. 238), em “*protección radical de la biósfera o extracción ilimitada de los recursos naturales para el desarrollo industrial*”.

O antropocentrismo, segundo Levai (2011, p.08), é uma cosmovisão que percebe o homem como o centro do universo, o gestor e usufrutuário do nosso planeta e do meio-ambiente.

É uma corrente predominante na história ocidental e reconhece que o ser humano é uma forma de vida superior às demais formas de vida existentes na natureza (STROPPA e VIOTTO, 2014, p. 121).

Essa percepção influencia os ordenamentos jurídicos ocidentais tradicionais, especialmente em matéria de regulação do acesso aos recursos naturais, extrativismo e práticas industriais. Seus posicionamentos subjagam as outras formas de vida e visam, estritamente, ao bem-estar humano em relação ao domínio da natureza.

Por sua vez, o biocentrismo ou ecocentrismo, como explica Levai (2011, p. 14), surge como contracorrente ao antropocentrismo, pois, compreende uma cosmovisão de que o meio-ambiente possui importância jurídica própria e também importa em considerações morais, retirando o homem da centralidade das relações jurídicas e sociais.

Segundo Mendonça (2008, p. 62), a tese biocêntrica prega que: *i*) os seres humanos são membros da comunidade de vida da terra, em mesmo sentido e termos que são as outras coisas vivas; *ii*) os seres humanos e as outras espécies integram um sistema interdependente em que as condições de vida e sobrevivência são impostas pelas relações com os outros existentes e com o meio ambiente; *iii*) todos os organismos vivos são centros teleológicos de vida e buscam o seu bem próprio, de acordo com seu modo específico; *iv*) os seres humanos não são inerentemente superiores aos outros seres vivos.

É uma visão que percebe o homem como ser vivo integrado à natureza, em igualdade e dependência com os demais seres vivos, embora apresentem sua forma de vida diferenciada e modo de sobrevivência particular.

Prelecionam Stroppa e Viotto (2014, p. 123) que o biocentrismo oferece uma conexão com a ética ambiental e surge da necessidade de uma mudança ética para valorizar, não só o homem, como também as outras formas de seres viventes.

A visão biocêntrica está estritamente ligada à ecologia profunda, proposta pelo filósofo norueguês Arnes Naess, a qual foi criada para contestar a visão de mundo hegemônico e a visão de que o homem é centro da natureza (SIQUEIRA-BATISTA et al, 2009, p. 46).

Nesse sentido, a bioética ambiental apresenta relevante intercessão na ecologia profunda e encontra importante disciplina aliada para alcançar os seus propósitos de preocupação ecológica (Ver Quadro 1).

**Quadro 1. Bioética ambiental – Visão do mundo contemporâneo e da ecologia profunda**

Visão de Mundo	Ecologia Profunda
Domínio da Natureza	Harmonia com a Natureza
Ambiente natural como recurso para os seres humanos	Toda a Natureza tem valor intrínseco
Seres humanos são superiores aos demais seres vivos	Igualdade entre as diferentes espécies
Crescimento econômico e material como base para o crescimento humano	Objetivos materiais a serviço de objetivos maiores de auto-realização
Crença em amplas reservas de recursos	Planeta tem recursos limitados
Progresso e soluções baseados em alta tecnologia	Tecnologia apropriada e ciência não dominante
Consumismo	Fazendo com o necessário e reciclando
Comunidade nacional centralizada	Biorregiões e reconhecimento de tradições das minorias

Fonte: CARVALHO, Fernanda Maria Ferreira; PESSINI, Léo; e CAMPOS Jr, Oswaldo. Reflexões sobre a bioética ambiental. *Revista Mundo da Saúde*, n° 30, São Paulo. out/dez. 2006, p. 616.

Essas correntes se apresentam como importantes fatores de influência, constituição e instrumentalização do Direito Ambiental, Urbanístico e Econômico em diversos ordenamentos jurídicos. Os múltiplos paradigmas morais oferecidos pelo antropocentrismo jurídico e pelo biocentrismo jurídico reivindicam grande parte dos debates jurídicos, políticos e acadêmicos no que tange a crise do meio ambiente.

Na ciência do Direito, conforme aponta Edis Milaré (2007, p. 101), por sua concepção de índole conservadora, evidencia-se uma tendência ao antropocentrismo e uma assimetria entre a passividade dos componentes do mundo natural e a dignidade própria do homem de reivindicar seu progresso técnico, científico e desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, muitos autores, como Quintana e Hacon (2011, p. 438), apontam o modo de produção da dinâmica capitalista e suas contradições como o grande responsável pela crise ambiental, vez que sua aspiração ao lucro oportuniza, por vezes, no declínio das condições de produção, na socialização dos danos da degradação ambiental, desastres e acidentes ambientais, esgotamento dos recursos naturais e apropriação privada da riqueza produzida.

Esse panorama, caracterizado pelo esgotamento do modelo de exploração capitalista e diversos problemas ambientais, impacta diretamente a dimensão sanitária da comunidade humana, em especial dos mais pobres. Segundo Gouveia (1999, p.58), a apartação conceitual da saúde e do meio ambiente ocasiona uma percepção rasa a respeito de um problema macro e conjuntural.

Por isso, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, percebe em diversos pontos – artigos 14, itens 1 e 2.c, e 17, dentre outros – o entendimento de que é importante promover saúde, bem como proteger o meio ambiente para alcançar melhorias nas condições de vida das pessoas. No Brasil, essa consciência pode ser notada na edificação valorativa perante a vida humana e a dignidade existente na Constituição Federal de 1988, bem como em axiomas constitucionais, de proteção ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado e da preservação da saúde do ser humano, dentro outros.

Dessa maneira, observar-se-á um conjunto de questões correlatas às políticas públicas, críticas ao modelo de gestão do meio ambiente, aspectos da governança ambiental, de modo mais detalhado no tópico a seguir, que trata com maior profundidade em relação a política de proteção ao meio ambiente no contexto do capitalismo neoliberal.

## **2.2 Política, governança e gestão do meio ambiente no contexto capitalista.**

Em um cenário não tão distante, Gouveia (1999, p.58) já ressaltava que as políticas e os movimentos ambientalistas se afastaram dos temas relacionados à saúde, de modo que se fazia necessária uma abordagem mais integral que incorporasse questões do meio ambiente às políticas de saúde e a percepção da dimensão da saúde ambiental na construção de estratégias aliadas ao desenvolvimento sustentável, para melhores condições de vida.

Conforme Favaro e Rossin (2014, p. 217) indicam, atualmente percebe-se que existe um interesse renovado por utilizar o pensamento ecológico nas discussões de saúde pública, vez que o paradigma científico reconhece a complexidade dos problemas sanitários coletivos e de suas causas, em especial quando se considera aspectos da desigualdade social e iniquidade de acesso ao direito à saúde.

Ademais, a intervenção humana no ambiente objetiva amplificar os benefícios que os ecossistemas oferecem à sociedade, embora essas intervenções reflitam em impactos negativos para diversas populações, o que afeta diretamente seu bem-estar e sua saúde (FAVARO e ROSSIN, 2014, p.217).

Desses pressupostos, importa afirmar que a governança ambiental e a gestão do meio ambiente precisam ter suas estratégias de utilização de recursos e exploração dos bens naturais repensadas, para diminuir os impactos ambientais negativos na comunidade humana, e assim preservar o meio ambiente, promover saúde ambiental e a prevenção à saúde coletiva.

Cumprе salientar que a gestão do meio ambiente não se confunde com governança ambiental. A primeira é um importante fator de controle dos recursos, previsão de danos e diminuição dos impactos ambientais, vez que equilibra os interesses econômicos e ecológicos, para tomada de decisões, nas organizações do âmbito empresarial. Logo, a gestão ambiental, como expresso no compêndio de Angelo, Jabbour e Galina (2011, p. 144), tem o seguinte significado:

Gestão ambiental, segundo o conceito de Seiffert e Loch (2005), é um processo que envolve adaptação e dinamismo, por meio do qual as organizações definem suas expectativas e metas de gestão ambiental. Corazza (2003) destaca a importância de planejamento e de orientação dessas empresas, para alcançarem as metas ambientais, que consistem na redução dos impactos ambientais por meio da redução de recursos naturais. Já Wehrmeyer (1996) resalta o envolvimento amplo, coordenado e devidamente organizado de ações empresariais, com o objetivo contínuo de reduzir os impactos ambientais organizacionais (ANGELO, JABBOUR E GALINA, 2011, P. 144).

Por governança ambiental compreende-se o arcabouço de regras, instituições, processos

e comportamentos que afetam a maneira como os poderes são exercidos em relação à atuação política e às relações da sociedade com o sistema ecológico (CAVALCANTI, 2004, p. 01). Nesse sentido, em referência a governança ambiental explica Moura (2016, 13):

A governança compreende a multiplicidade dos atores sociais, cujas categorias são infinitas e abarcam, além dos governos e instituições formais que compõem o Estado, organizações e grupos de indivíduos, tais como: setor privado, organizações não governamentais (ONGs), instituições de financiamento e consumidores (MOURA, 2016, p. 13).

Nesse contexto, a participação dos atores sociais e econômicos impede na criação e na qualidade de políticas públicas, setoriais e articuladas para proteção ao meio ambiente e promoção de saúde ambiental. No Brasil, a governança é a combinação das estruturas institucionais com a criação de processos participativos que incluem os atores sociais e o mercado na elaboração das políticas públicas com qualidade, desde o ciclo de formulação de planejamento até sua efetivação (MOURA e BEZERRA, 2016, p.94).

A política ambiental brasileira buscou disciplinar aspectos para manutenção dos padrões de qualidade dos bens ambientais, bem como estabeleceu regulação para a realização de zoneamento ambiental, avaliação de impactos ambientais, licenciamento ambiental, incentivo à tecnologias de melhoria de qualidade ambiental.

Ocorre que, como declara Edis Milaré (2007, p. 310), o planejamento da política ambiental não pode ser realizado de modo apartado de um planejamento social e econômico, embora existam diversos instrumentos de proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual se faz imprescindível um planejamento integrado das políticas públicas no Brasil.

A respeito do tema em comento, importa frisar a crítica de que o sistema atual de políticas públicas apresenta diversas impropriedades e, dentre elas, o sistema de saúde e a tutela da saúde ambiental são tratadas separadamente e que, por isso, os riscos à saúde humana, decorrentes dos impactos ambientais, são analisados isoladamente (FAVARO e ROSSIN, 2014, p. 218).

Essas impropriedades evidenciadas no paradigma brasileiro ocorrem por diversos fatores, como a falta de representatividade da sociedade em espaços de decisão, divergências ideológicas nas disputas políticas que se dão na elaboração das políticas públicas e dissensos nas dinâmicas práticas da governança ambiental, em especial, entre os atores do governo, movimento ambientalista e setores desenvolvimentistas (Ver Quadro 2).

## **Quadro 2. Diferenças entre os movimentos socioambientalista e desenvolvimentista**

Constructos	Movimentos	
	Socioambientalista	Desenvolvimentista
Estruturas de oportunidades políticas	Vinha aumentando sua influência desde a redemocratização (i.e., diretas já), em parte por sua repercussão internacional. Seus representantes chegaram a ter funções públicas e a serem chamados e atendidos por altas autoridades com frequência. Formou-se uma aliança central entre o movimento socioambientalista e a área socioambiental do governo. Em torno de 2005, começaram a diminuir <sup>1</sup> suas oportunidades, sua participação e influência no Executivo e Legislativo. Persiste a sua visibilidade e apoio internacional, mas diminuídos.	No início, os desenvolvimentistas eram pouco organizados e confiantes no <i>status quo</i> . A cultura política do meio rural era de paternalismo latifundiário e de desprezo por aspectos sociais e ambientais, chegando até a escravidão, ao assassinato e ao desmatamento. Atualmente, aumentou a influência do movimento <i>desenvolvimentista</i> no Poder Executivo e Legislativo. Prevalece um empresariado moderno e tecnológico, porém ainda pouco sensível a questões socioambientais. Cada vez mais engajados em influenciar as políticas públicas, conseguiram aumentar sua representação no Parlamento.
Processos de <i>framing</i>	Alinharam-se a visão sindicalista, de defesa dos direitos dos trabalhadores rurais à ambientalista (local, nacional e internacional), de defesa da floresta. O movimento tinha apoio de instituições financeiras internacionais <sup>2</sup> , formando uma aliança de grande espectro. Atualmente, se apoia na ciência que interpreta ser viável recuperar terras deterioradas e assim reduzir ou eliminar a necessidade do desmatamento. Porém, não se unificaram as interpretações da realidade com os trabalhadores rurais ou urbanos. Foram mobilizados apoios limitados de setores da igreja, da comunidade científica, do setor privado e de associações profissionais.	A maioria enxerga a proteção ao meio ambiente como empecilho ao desenvolvimento e reclama da falta de terra para atender às necessidades futuras de produção. O setor agrega o discurso neoliberal da propriedade privada, contrária à sua função constitucional socioambiental, à lógica nacionalista de que não se pode deixar que os interesses estrangeiros limitem o desenvolvimento do país. Busca reduzir a atuação ambiental do governo. Por meio do alinhamento de visões e unificação de objetivos entre aliados de grande espectro, conseguiu unir a visão ruralista à nacionalista, à das empreiteiras e à grande parte do governo. Para obter apoio da agricultura familiar, esteve disposta a ceder em alguns pontos.
Estruturas de mobilização	Inicialmente, o movimento adotou táticas de desobediência civil não violenta que, ao ameaçar o <i>status quo</i> , obteve respostas consistentes, com grande repercussão nacional e mundial. A estratégia resultou na aprovação dos assentamentos e das reservas extrativistas na Amazônia. Atualmente, há reduzida capacidade de mobilização de ação coletiva, com desvios de foco e falta de renovação de lideranças. Buscam novas formas de comunicação, organizadas em redes, com objetivos diferenciados.	O setor não tinha a tradição de mobilização; agia nos bastidores. Atualmente, fortaleceu sua capacidade organizativa, formada por órgãos de classe, com apoio de marqueteiros, outros especialistas e a grande imprensa. Continua a agir nos bastidores, junto aos três poderes. Conseguiu ganhar o controle de comissões legislativas e aprovar legislação favorável. Copiou estratégias dos seus adversários, como as manifestações de rua.

Fonte: WEISS, Joseph S. O papel da sociedade na efetividade da governança ambiental. in MOURA, Maria Magalhães de Moura (Org.). **Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas**. Brasília, IPEA, 2016, p. 342.

Sobre esses atores, explica Joseph Weiss (2016, p.340-341) que eles apresentam diferenças de seu constructo, posições ideológicas, processos de *framing* e estruturas de mobilização, vez que o movimento socioambientalista é constituído por organizações de base de extrativistas, indígenas, trabalhadores rurais, agricultores familiares, de ONGs e instituições internacionais que atuam na área, e o setor desenvolvimentista é constituído por parte do setor privado, do agronegócio e das empreiteiras.

Já no cenário internacional, diversos documentos oferecem subsídios para a elaboração das políticas públicas, pois apresentam diretrizes jurídicas e recomendações aos Estados-nações que seguem posicionamentos mais amadurecidos acerca da questão do meio ambiente, embora

também sejam objeto de críticas dos especialistas.

Dentre os documentos, destacam-se: i) a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento que disciplina matéria de obrigação dos Estados em relação aos direitos ambientais, desenvolvimento sustentável e dignidade humana; ii) Agenda 21, que é um instrumento de planejamento participativo visando o desenvolvimento sustentável nos Estados-nações; e, iii) a Convenção sobre Diversidade Ecológica, que trata do uso da biodiversidade de modo sustentável e da distribuição justa de seus benefícios oriundos do uso econômico.

São documentos que apresentam princípios compatíveis com uma política bioética de proteção à saúde ambiental e proteção ao meio ambiente coadunado com uma visão majoritariamente antropocêntrica, mitigada por posicionamentos do biocentrismo, como, por exemplo, o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, da solidariedade intergeracional, da variável ambiental nas decisões que se referem ao desenvolvimento econômico etc.

Esse panorama evidencia que, apesar de existirem diversificadas e sólidas recomendações dos documentos internacionais sobre as diretrizes da governança e gestão ambientais, é possível observar um quadro de insuficiência nas políticas públicas locais atentas às necessidades da saúde ambiental, da preservação do meio ambiente e em conformidade com a política de desenvolvimento econômico vigente.

Dessa forma, a proposta de recompensa pela manutenção de serviços ambientais se apresenta como uma importante alternativa bioética de política de saúde ambiental, uma vez que emerge no contexto de liberalização econômica, para suprir as falhas dos estados e encontrar novas fontes de financiamento para a conservação ambiental e o desenvolvimento econômico sustentável (ELOY, COUDEL e TONNY, 2013, p. 22).

Ensinam Favaro e Rossin (2014, p. 218) que os serviços ambientais são muito importantes à saúde ambiental, pois se afiguram benefícios que a comunidade humana obtém direta ou indiretamente dos ecossistemas em bom funcionamento, o que repercute diretamente em relação a qualidade de vida e bem-estar das pessoas.

A política de pagamento pelo serviço ambiental (PSA) é uma alternativa viável que concilia o pensar bioético ambiental, o desenvolvimento econômico, a preservação do meio ambiente e à saúde ambiental. É uma proposta que conjuga os ideários do ecocapitalismo, o qual postula a necessidade de correção das imperfeições do mercado para enfrentar a crise ambiental, e também do ambientalismo moderado (LAYRARGUES, 2000, p.87).

A estratégia de recompensa por manutenção dos serviços ambientais é importante para atender aos interesses do contexto moderno, pois, por meio da valoração dos bens ambientais, é possível perceber que o meio ambiente pode oferecer mais benefícios econômicos se preservado do que mal explorado. O pagamento por serviços ambientais apresenta experiências bem-sucedidas, embora existam críticas do ambientalismo mais radical, razão pela qual se irá realizar uma digressão mais aprofundada acerca do tema e sua constituição no tópico a seguir.

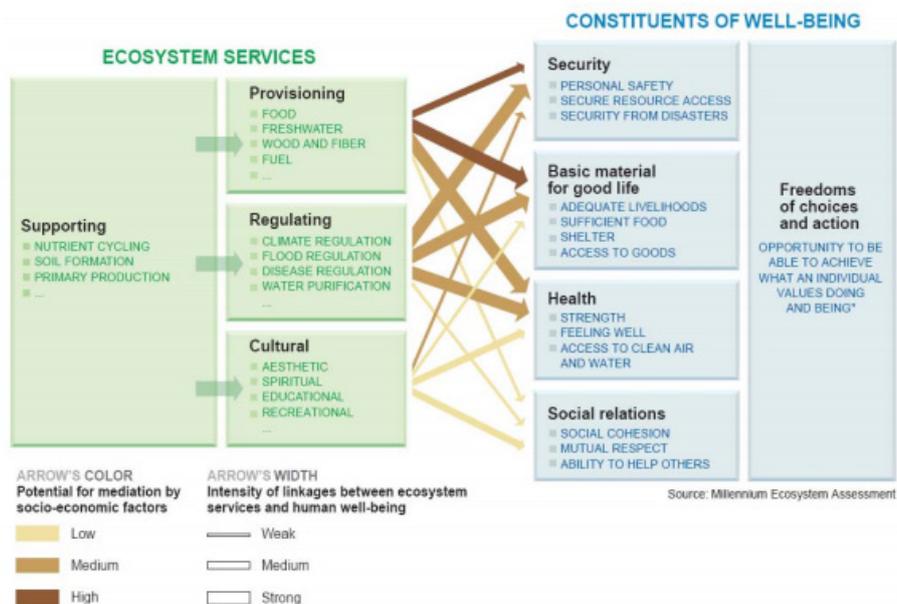
### 3 PARA ENTENDER A POLÍTICA DE RECOMPENSA POR PROTEÇÃO AOS SERVIÇOS AMBIENTAIS

A política de recompensa por proteção aos serviços ambientais, também chamada de pagamento por serviços ambientais, como já afirmado anteriormente, é uma estratégia atual da gestão ambiental, que, aliada à racionalidade econômica, busca criar estímulos à conduta de proteção e preservação socioambiental. Nesse sentido, cumpre salientar o conceito de serviços ambientais e sua importância na atualidade, além de apresentar a fundamentação jurídica e econômica de programas de proteção aos serviços ambientais.

#### 3.1 Serviços ambientais: conceito e contexto

No primeiro momento, importa esclarecer o que são os serviços ambientais, vez que é um conceito muito debatido na literatura especializada. O termo também pode ser identificado como serviços ecossistêmicos e serviços ecológicos e correlaciona-se aos benefícios oferecidos ao homem pelo meio ambiente e ao processo que o produz (Whately e Hercowitz, 2008, p. 20). Assim, define Franco (2012, p. 2008), que serviços ambientais são todos os serviços oriundos dos ecossistemas, naturais ou antropizados, fornecidos de matérias, energia ou condições, direta ou indiretamente, necessárias à manutenção do equilíbrio ecológico e à manutenção da vida na biosfera. Nesse sentido, Favaro e Rossin (2014, p. 218) complementam que os serviços ambientais dão suporte à biodiversidade e à produção de bens do ecossistema, como caça, pesca, forrageiras, madeira, combustíveis, fibras, medicamentos e matéria-prima para as indústrias.

#### Quadro 3. Correlação entre serviços ambientais e elementos do bem-estar humano



Fonte: AEM. Relatório de Avaliação Ecosistêmica do Milênio. **Melennium Assessment**. 2005, p. 14.

Na Avaliação Ecosistêmica do Milênio (AEM), o entendimento de serviços ambientais é caracterizado como as funções ecosistêmicas desempenhadas pelos sistemas naturais que resultam em condições adequadas à sadia qualidade de vida (FRANCO, 2012, p.209). A AEM é um programa de pesquisa sobre o meio ambiente que elaborou, em 2005, seu primeiro relatório acerca de temas correlatos à política de meio ambiente, em especial, como as mudanças dos serviços ambientais e os fatores socioeconômicos podem impactar na saúde e no bem-estar humano (Ver Quadro 3) (AEM, 2005, p.10).

O supracitado documento estabelece quatro modalidades de serviços ambientais, a saber: a) de provisão – água, alimentos, madeira e fibra; b) de regulação – relacionado a equilíbrio climático e qualidade da água; c) culturais – ligados à recreação, estética e espiritualidade; d) de suporte – solo, fotossíntese e ciclo dos nutrientes (AEM, 2005, p. 10).

Logo, os serviços dos ecossistemas são definidos como insumos de matérias-primas, energia e informação, provenientes da biosfera, que sustentam a existência do homem na terra (BUTZKE, 2012, p.33). Eles podem ser delimitados em regulação da atmosfera e do clima, da purificação e retenção da água doce e potável, da formação e enriquecimento do solo, a reciclagem dos nutrientes, decomposição de rejeitos, polinização das plantas e da produção de madeira e biomassa etc.

Nesse contexto, a prestação com qualidade dos benefícios provenientes dos serviços ambientais, de acordo com Franco (2012, p.210), decorre de boas condições ecosistêmicas e isso repercute diretamente na qualidade de vida humana. Ocorre que, até então, os sistemas jurídico e econômico não tinham despertado sua atenção para a proteção jurídica e valoração mercadológica desses benefícios, bem como acerca da importância da manutenção dos ecossistemas para continuidade desses serviços.

Segundo Altmann (2008, p.98), a recompensa por serviços ambientais permite uma nova racionalidade, no tratamento da questão ambiental, por meio do estímulo econômico a determinadas condutas e a inserção de novos instrumentos de política de proteção ambiental. É o principal modo para superar o atual paradigma de repressão por ilícitos ambientais e impunidade combinado à falta de incentivos econômicos e elevados custos para particulares se adequarem à legislação.

A estratégia de recompensa por serviços ambientais apresenta três dimensões – a ambiental, a econômica e a social – que se conflitam e correlacionam-se nas discussões da constituição desse instrumento de política pública para gestão do meio ambiente (SHIKI e SHIKI, 2011, p.100).

A dimensão ambiental, de acordo com Franco (2012, p.210), é percebida na possibilidade de manutenção da capacidade dos ecossistemas para prover os serviços ambientais, da diminuição dos impactos da atividade humana e mitigação da exagerada demanda por recursos naturais. Essa dimensão engloba a perspectiva ambientalista, que propõe a mudança do modelo de exploração econômica e promoção de práticas de tutela e preservação do meio ambiente.

A dimensão econômica, de acordo com Butzke (2012, p.32), afirma que a sociedade

capitalista, alicerçada no ideário neoliberal, necessita de incentivos positivos para recompensar cidadãos e empresas que invistam na preservação do meio ambiente, para além das obrigações e deveres constitucionais de proteção estabelecidos pelo Estado.

Em conformidade com Andrade e Romeiro (2013, p.44), a extensão econômica perpassa pela valoração do meio ambiente e dos seus serviços ecológicos, por meio de técnicas que utilizam pressupostos da microeconomia tradicional, em relação ao comportamento e objetivos dos agentes econômicos, a necessidade de proteção dos serviços ambientais e seu valor para o sistema socioeconômico.

A dimensão social, como discernem Favaro e Rossin (2014, p. 224), abarca as contribuições para a melhoria da saúde e qualidade de vida da população local que se beneficia do serviço ambiental, bem como contempla o fomento ao acesso à renda e o aumento do capital social, que corrobora na organização da comunidade, para prover tais serviços.

Nesse sentido, evidencia-se que os instrumentos da política de recompensa por manutenção dos serviços ambientais também oferecem uma perspectiva de combate e redução da pobreza, pois é uma proposta em que o meio ambiente passa a ser aliado da economia, do seu fomento e do almejado desenvolvimento sustentável.

Desse modo, cumpre registrar uma noção conceitual, fundamentação jurídica, dinâmica econômica e como o sistema de recompensa por serviços ambientais se institui nas experiências registradas, em especial na América Latina. Essas e outras discussões pertinentes serão abordadas no tópico a seguir.

### **3.2 Pagamento por serviços ambientais e sua fundamentação econômica e jurídica**

A literatura especializada apresenta diversas concepções a respeito do que são os mecanismos de pagamento por serviços ambientais, uma vez que existem diversas correntes ecológicas e econômicas que percebem esse mecanismo de maneira plural. Para as pretensões do trabalho, apresentar-se-á uma ideia holística e clássica que contemple aspectos das visões econômica, ecológica e institucional do instrumento em discussão.

O pagamento por serviços ambientais é uma transação voluntária em que um serviço ambiental definido ou uso da terra que possa assegurar este serviço, é adquirido por, pelo menos, um comprador de um provedor que controle a oferta do serviço, sob a condição de que o último garanta a continuidade de provisão do serviço (WUNDER, 2005, apud ELOY, COUDEL e TONNY, 2013, p. 24).

Certifica Shiki e Shiki (2011, p. 109) que o pagamento por serviços ambientais é também compreendido como um investimento em atividades de conservação do estado e fluxo de serviços ambientais que os ecossistemas oferecem ou em recuperação e melhora do fluxo de serviços perdidos, degradados ou reduzidos.

Insta frisar a percepção ampla de que os pagamentos por serviços ambientais se constituem da promoção de transferência de recursos entre atores sociais, objetivando criar incentivos

econômicos e compatibilizar a utilização das decisões de uso de terras de indivíduos e comunidades ao interesse social de promoção de capital natural (SIMÕES e ANDRADE, 2013, p. 70).

Nesse sentido, Simões e Andrade (2013, p. 59) explicam que a principal preocupação da ideia de pagamento por serviços ambientais é gerar eficiência econômica por meio da internacionalização das externalidades positivas mediante recompensa monetária e com valoração econômica aos fluxos de serviços. É uma estratégia que prestigia aqueles que arcam com o custo de oportunidade decorrente da preservação ambiental, enquanto categoria de capital, o que resultaria em um estímulo ao comportamento de preservação do bem ambiental e ao desenvolvimento sustentável.

Existem diversas espécies de pagamentos de serviços ambientais, as quais variam conforme a estratégia e a pretensão de manutenção do serviço almejado. Desse modo, estabelece Eloy, Coudel e Toni (2013, p. 29) quatro modalidades de PSA: i) de restrição de uso, em que o pagamento é destinado ao provedor que se abstém de utilizar uma área; ii) de restauração, no qual o pagamento tem utilidade de contribuir com os custos da recomposição ambiental; iii) de valorização de práticas tradicionais, que busca recompensar práticas agroextrativistas de baixo impacto das populações tradicionais; iv) de transição, que remunera prática agrícolas sustentáveis.

#### Quadro 4. Modalidades de PSA, impactos e suas especificidades

	PSA "restrição de uso" <sup>1</sup>	PSA "restauração" <sup>1</sup>	PSA "práticas tradicionais"	PSA "transição" <sup>2</sup>
<b>Objetivo</b>	Manter a vegetação nativa <sup>i</sup>	Recuperar a vegetação	Recompensar práticas que trazem serviços ambientais	Promover a adoção de sistemas que prestem serviços ambientais
<b>Serviço almejado</b>	Carbono, Água, Biodiversidade	Carbono, Água	Biodiversidade	Agrobiodiversidade, Água, Carbono
<b>Pagamento</b>	Custo de oportunidade + custo de defesa <sup>1</sup> Deve ser continuado <sup>2</sup>	Custo de plantação (pode ser complementado com PSA restrição de uso)	Complemento de renda + custo de defesa Deve ser continuado	Custo de investimento em novos sistemas de produção <sup>3,7</sup> Pode ser interrompido depois da transição <sup>2</sup>
<b>Adicionalidade e monitoramento</b>	Linha de base e controle a partir de imagens satélite, adicionalidade depende do risco de desmatamento <sup>1</sup>	Adicionalidade clara <sup>1</sup> Controle de resultado por satélite	Adicionalidade depende do risco de desmatamento <sup>4</sup> Controle social geralmente já existente	Indicadores de adicionalidade e condicionalidade complexos mas controlável ao nível local <sup>10</sup>
<b>Eficiência ambiental</b>	Grandes propriedades permitem escala e baixar custos de transação <sup>1</sup>	Garante aumento de estoque e prestação de mais serviços ecossistêmicos	Eficiente com regras coletivas fortes e custos de transação reduzidos <sup>5</sup>	A longo prazo, possivelmente mais eficiente porque contra as causas do desmatamento <sup>3,7,9</sup>
<b>Equidade, legitimidade</b>	Pode excluir quem não tem direitos fundiários e quem depende da produção agrícola para se manter <sup>6,8</sup>	Incentiva quem já desmatou Difícil para quem tem pouca terra <sup>8</sup>	Inclusão social depende dos acordos comunitários <sup>6</sup> Pode ter um risco de criação de elite <sup>6</sup>	Inclusão social vai depender da capacidade institucional (apoio técnico, acordos comunitários) <sup>9</sup>
<b>Efeitos de desenvolvimento</b>	Poucos efeitos na economia local <sup>1</sup> e pode manter situações precárias (custos de oportunidade baixo) <sup>2</sup>	Pode ter efeitos de estruturação de cadeias de recomposição (viveiros, técnicos) <sup>1</sup>	Pode permitir uma melhoria de situações de populações tradicionais <sup>5</sup>	Pode ter efeito de estruturação de cadeias e impacto sobre toda economia local <sup>2,7,9</sup>

1. Wunder, 2007 e Wunder et al., 2008; 2. Pirard et Billé, 2010; 3. Karsenty et al., 2010; 4. Börner et al. 2010; 5. Sandbrook et al., 2010; 6. Pokorny, 2011; 7. Shiki e Shiki, 2011; 8. Corbera et al., 2009. 9. Mattos, 2010

FONTE: ELOY, Ludivine; COUDEL, Emilie; TONI, Fabiano. Implementando Pagamentos por Serviços Ambientais no Brasil: caminhos para uma reflexões críticas. **Sustentabilidade em Debate – Brasília**, v. 4, n. 1, jul/dez 2013.

É uma política ambiental que teve suas primeiras experiências de implementação na Costa Rica e no México, influenciadas por ações do Banco Mundial que tinham o intuito de promover um mercado ambiental independente das estruturas falhas de regulação Estatal (ELOY, COUDEL

e TONI, 2013, p. 24).

O modelo de sistema de recompensa para proteção aos serviços ambientais impactou grande parte dos países da América Latina, inclusive o Brasil, que têm diversos *cases* que adotaram modelos similares à proposta de pagamento pela manutenção dos serviços ecológicos conjugados com inúmeras inovações ao instituto.

Em síntese, o sistema de recompensa por proteção aos serviços ambientais anseia incentivar práticas de gestão ambiental por meio da remuneração ao provedor dos serviços ambientais. Tal remuneração é custeada pelo usuário que se beneficia de tal serviço, quando efetivamente provido (FRANCO, 2012, p.214).

Em sua proposta original, os potenciais provedores de serviços ambientais e os compradores podem ser o governo, os próprios beneficiários do serviço ambiental ou intermediários, como ONG's e Agências Internacionais. Na visão tradicional, as transações acontecem sob a regulação de um fundo nacional como intermediador das relações desse sistema, embora as compras diretas também existam em menor escala (WUNDER, *et all.* 2009, p.31).

Nesse sentido, certifica Wunder (*et all.* 2009, p. 32) que uma das vantagens do sistema de PSA é a possibilidade da comunidade local se beneficiar diretamente, por meio da venda dos serviços ambientais e readaptação do seu modo de produção às condutas recomendáveis, e indiretamente, por força da influência positiva no meio ambiente e na economia local.

O pagamento por serviços ambientais também oferece outros benefícios decorrentes de sua implantação, tais como maior garantia do direito de propriedade, medidas colaterais de redução da pobreza, a criação de instituições para assegurar a participação dos diversos atores sociais e a redução dos custos de transação (WUNDER *et all.* 2009, p.33). No concernente à perspectiva de sua dinâmica econômica, Shiki e Shiki (2011, p. 109) destacam que a estratégia dos pagamentos por manutenção dos serviços ambientais são procedimentos metodológicos para criação de mercado dentro do espaço socioambiental, de acordo com suas regras e convenções.

A preservação da biodiversidade tem rico valor econômico, visto que os serviços ambientais prestados ao homem somam o valor de 44,9 trilhões de dólares anuais, embora a produção desmedida e os seus consequentes danos ambientais gerem prejuízos de, em média, 268,8 bilhões de dólares por ano, os quais serão suportados pelo Estado ou pela iniciativa privada (RECH, 2012, p.49).

A relação dos pagamentos com serviços ambientais com a economia é mais complexa, vez que é tratado como um investimento em atividades de conservação do estado e fluxo de serviços ambientais que os ecossistemas oferecem ou em recuperação e melhora do fluxo de serviços perdidos degradados ou reduzidos (SHIKI e SHIKI, 2011, p.109).

A respeito dessa relação, esclarecem Shiki e Shiki (2011, p.109) que os serviços ambientais são tratados como externalidades do mercado. As externalidades negativas tendem a ser menor que o custo social, razão pela qual o seu gerador remete esse ônus para que a sociedade o internalize. Desse modo, o princípio do poluidor-pagador requer que o gerador internalize essas externalidades negativas em seu orçamento. Quando as externalidades apresentam dimensão positiva, ou seja,

o custo produzido pelas empresas gera um benefício social, aplica-se o princípio do protetor-recebedor, que está ligado ao estímulo a empresas de conduta ambientalmente adequada.

Rech (2012, p.52) expressa que o princípio do protetor-recebedor está ligado à participação e estímulo do comportamento social útil por meio do incentivo do cumprimento dos deveres e direitos fundamentais da sociedade civil organizada em relação à defesa do meio ambiente. Essa dicotomia de formas de gerir os custos e suas externalidades pode ser melhor entendida pelo exemplo prático da cidade de Nova Iorque, no qual se demonstrou mais economicamente viável recompensar os gestores das terras a montante do rio que abastece a cidade do que investir em um sistema de tratamento de água com custo três vezes maior (SHIKI e SHIKI, 2012, p.111).

Nessa dinâmica, outro aspecto que se apresenta relevante é a valoração dos serviços ambientais. Para Shiki e Shiki (2012, p.111), essa discussão perpassa pela ideia de que existe uma falha na alocação de recursos para a gestão ambiental, o que poderia ser solucionado pela valoração dos serviços ambientais por meio da análise de sua externalidade e pela precificação do meio ambiente como uma forma de criar um mercado.

Esse atraente mercado econômico, de muito potencial, busca a legítima pretensão de instituir segurança jurídica ao seu bom funcionamento. Em relação aos seus aspectos jurídicos, sua recepção pelos regramentos do Direito Ambiental se dá basicamente pelo princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, elencado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que predica o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

Assevera Costa (2011, p.19) que o pagamento de serviços ambientais prestados pode ser visto como um novo paradigma na proteção ambiental que possibilita indenizar ou compensar pela conservação e restauração do meio ambiente, bem como promove o uso sustentável da natureza.

Nesse sentido, Rech (2012, p.59) esclarece que os serviços ambientais apresentam duas naturezas jurídicas, a saber: a) direito existente – que está disponível pela ação da própria natureza e sem nenhuma interferência humana, exemplificando-se o ar, pelo qual não se paga para respirar; b) serviços potencialmente existentes – que ocorrem em decorrência da ação humana para a manutenção de sua existência, como, por exemplo, água pura para beber e ar limpo para sobrevivência, sendo que essa última precisa ser recompensada economicamente.

Conforme Costa (2011, p. 19), a percepção jurídica dos pagamentos pelos serviços ambientais é a de que os beneficiários externos dos serviços arquem com os custos, de modo direto, contratual e condicionado, causados aos proprietários e usuários locais. Quando se exige uma prestação de serviço por parte do proprietário para preservar as potencialidades existentes, constitui-se uma natureza contratual temporária, bilateral entre o prestador de serviço e seus beneficiários; conjuntamente, poderão ser celebrados contratos entre particulares ou entre o poder público e o prestador de serviço.

Os contratos são, portanto, os principais instrumentos jurídicos para a concretização do pagamento por serviços ambientais. Rech (2012, p. 64) afirma que existem diversos dispositivos legais que podem ser utilizados como fundamentos para a realização desses contratos, como o

rt. 596 e 597 do Código Civil<sup>1</sup>. O contrato de prestação de serviços ambientais é amplamente recepcionado pela visão tradicional civilista atual e pode ser constituída dentro dos parâmetros da legalidade.

Dessa forma, Rech (2012, p.65) admite também ser perfeitamente cabível a celebração de um contrato de trabalho com o proprietário-prestador de serviços e o beneficiário direto. Esse entendimento tem suporte na Consolidação de Leis Trabalhistas, no art. 460<sup>2</sup>, pois se configura longe da natureza eventual e esporádica estabelecida pelos contratos de serviço.

No Brasil, em decorrência da ausência de diretrizes legais específicas para a implementação efetiva de pagamentos por serviços ambientais como instrumento público de preservação ambiental, muitas iniciativas apresentam alternativas locais, como Estados e Municípios, e criam leis para regulamentar procedimentos, como alocação de verbas públicas, criação de fundo de pagamentos, fiscalização da atividade e qualidade do serviço (WUNDER *et all.* 2009, p. 78).

Por sua comprovada justiça de remunerar aqueles que prezam pela proteção da natureza e por ser um fato jurídico consolidado, a proposta de regulamentação de pagamentos por serviços ambientais como uma política estatal para gratificar de condutas está em debate no Poder Legislativo<sup>3</sup> e apresenta proposta moderna e alinhada às políticas ambientais setoriais no PL 312/15, que institui a política nacional de pagamento por serviços ambientais.

A visão tradicional, que cobra a imposição estatal sobre obrigações e deveres aos cidadãos e a espera de ações voluntárias, é uma estratégia infrutífera que não funciona em nenhum modelo de Estado, exceto se transformadas em obrigações civis pagas e economicamente viáveis no sistema econômico atual (RECH, 2012, p.69). Decerto, os instrumentos de pagamentos por serviços ambientais não almejam substituir a ação estatal, mas sim complementar uma política pública de comando-controle em relação à tutela jurídica do meio ambiente, de modo a oferecer maior dinâmica e melhores resultados.

No cenário atual, portanto, em que o modelo de produção capitalista dá sinais de que precisa ser reformulado, a valorização dos serviços ambientais e da política de recompensa indicam uma importante estratégia de execução de uma gestão ambiental, pautada no desenvolvimento sustentável e nas reformas propostas pelo ecocapitalismo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

1 Regula o código civil, nos artigos supracitados respectivamente: Art. 596. Não se tendo estipulado, nem chegado

a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade. e Art. 597. A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações.

2 A Consolidação de Leis Trabalhistas estabelece no Artigo 460 que na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

3 Ver em: **Política de recompensa por preservação ambiental é aprovada em comissão.** 09 de Nov. 2015. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/499627-POLITICA-DE-RECOMPENSA-POR-PRESERVACAO-AMBIENTAL-E-APROVADA-EM-COMISSAO.html> >. Acesso em: 11 fev. 2019.

As evidências coletadas, a partir da revisão bibliográfica realizada no presente trabalho, em relação à análise dos pressupostos teóricos da bioética ambiental, sobre a gestão do meio ambiente no sistema capitalista e a respeito da descrição de aspectos conceituais e críticos da estratégia de pagamentos por serviços ambientais, resulta nas seguintes conclusões.

Em atenção à análise aos pressupostos teóricos da bioética e sua faceta ambiental, evidenciou-se que é um campo do saber que muito tem a acrescentar para as discussões a respeito de meio ambiente e desenvolvimento econômico, pois apresenta uma visão inovadora e contestadora das percepções tradicionais postas e debatidas por grande parte da literatura especializada, relacionadas à ética ambiental, ecologia, sustentabilidade e temas correlatos.

Por sua vez, as diretrizes de gestão ambiental precisam ser repensadas e alinhadas a temáticas importantes do segmento das políticas públicas, as quais são tratadas atualmente de maneira setorial e precisam de transversalidade em sua abordagem prática. Dessa forma, exemplifica-se que uma atenção maior à política integrada de meio ambiente pode repercutir positivamente em aspectos da saúde humana, na qualidade de vida, no combate à pobreza, na promoção do bem-estar humano e da economia sustentável.

A política de recompensa por proteção aos serviços ambientais se apresenta como uma proposta do ecocapitalismo para promover desenvolvimento sustentável e preservação ambiental, no contexto neoliberal. O pagamento pela prestação dos serviços ambientais é uma importante estratégia para frear o modelo de desenvolvimento desregrado e despertar um mercado muito valioso, economicamente explorável e socialmente desejável.

Portanto, ao considerar as pretensões metodológicas deste trabalho, importa reconhecer que as principais discussões revisadas foram debatidas e correlacionadas. Dessa forma, os objetivos foram alcançados e por isso, espera-se que as contribuições aqui registradas possam despertar discussões em relação a importância das reflexões bioéticas, na visão do ambientalismo, a necessidade de integração e transversalidade das políticas públicas ambientais e, por fim, o desenvolvimento de arcabouço teórico para a institucionalização do sistema de pagamentos ambientais, como uma proposta de política pública para proteção do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AEM. Relatório de Avaliação Ecológica do Milênio. **Millennium Assessment**. 2005. Disponível em < <https://www.millenniumassessment.org/documents/document.446.aspx.pdf> >. Acesso em: 14 ago. 2018.

ABEL, Francesc. **Introducción bioética: origen y desarrollo**. Madrid: Universidade Pontificia de Comillas, 1989.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e a sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.

ALTMANN, Alexandre. **Pagamento por serviços ecológicos: uma estratégia para a**

**restauração e preservação da mata ciliar no Brasil?** 2008. Dissertação de Mestrado – UCS, Caxias do Sul, 2008.

ANDRADE, Daniel Caixeta; ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Valoração de serviços ecossistêmicos: por que e como avançar ?. **Sustentabilidade em Debate** - Brasília, v. 2, n. 1, jan/jun 2011.

ANGELO, Fernanda Dias Angelo; JABBOUR, Charbel José Chiappetta; e GALINA, Simone Vasconcelos Ribeiro. Inovação ambiental: das imprecisões conceituais a uma definição comum no âmbito da Gestão Ambiental proativa. **Revista GEPROS - Gestão da Produção, Operações e Sistemas**. n.4, out/dez. 2011.

BUTZKE, Alindo. Fundamentos ecológicos dos serviços ambientais in RECH, Adir Ubaldo. **Direito e economia verde: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por servidões ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis**. Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Universidade de Caxias do Sul, 2012.

CAVALCANTI, Clóvis. Economia e ecologia: problemas da governança ambiental no Brasil. **Revibec: revista de la Red Iberoamericana de Economía Ecológica**, v. 1, p. 001-10, 2004.

CARVALHO, Fernanda Maria Ferreira; PESSINI, Léo; e CAMPOS Jr, Oswaldo. Reflexões sobre a bioética ambiental. **Revista Mundo da Saúde**, nº 30, São Paulo. out/dez. 2006.

COSTA, Vanessa Aparecida. Pagamento de serviços ambientais e o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, n. 18 - jul./dez.2011.

DOS SANTOS, EmanuelyPoncell. **A Bioética Ambiental como instrumento para o aperfeiçoamento do desenvolvimento sustentável**. Dissertação. Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão, 2014.

ELOY, Ludivine; COUDEL, Emilie; TONI, Fabiano. Implementando Pagamentos por Serviços Ambientais no Brasil: caminhos para uma reflexão críticas. **Sustentabilidade em Debate - Brasília**, v. 4, n. 1, jul/dez 2013.

FAVARO, Ana Karina Merlin do Imperio; e ROSSIN, Antonio Carlos. Pagamento por serviços ambientais contribuindo para a saúde ambiental, uma análise em nível local. **Saúde Soc.** São Paulo, v.23, n. 1, 2014.

FRANCO, José Gustavo de Oliveira. Aspectos prático-jurídicos da implantação de um sistema de pagamento por serviços ambientais com base em estudo de caso. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 2, n. 1, 2012.

GOUVEIA, Nelson. Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental. **Saúde Soc.**, São Paulo, v. 8, n. 1, Feb. 1999 .

JUNGES, José Roque. O nascimento da bioética e a constituição do biopoder. **Acta Bioethica**. v.17 n.2, 2011.

JUNGES, José Rocque. A proteção do meio ambiente na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Bioética**. v. 2, n.1; 2006.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. Sistema de gerenciamento ambiental, tecnologia limpa e consumidor verde: a delicada relação empresa-meio ambiente no ecocapitalismo. **Revista de Administração de Empresas**, v.40, n.2, Abr./Jun. 2000.

LEVAI, Laerte Fernando. Ética Ambiental Biocêntrica: Pensamento compassivo e respeito à vida. Jus Humanum: **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais**, v. 1, n. 1, p. 07-20, 2011.

McCONVILLE, Mike; CHUI, Wing Hong. **Research methods for law**. Edinburgh: Edinburgh University Press. 2007.

MENDONÇA, Rafael. Individualismo na ética ambiental biocêntrica. **ethic@ - Na international Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 7, n. 3, p. 59-69, maio, 2012.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

MOURA, Maria Magalhães de Moura. Trajetória da política ambiental federal no Brasil. in MOURA, Maria Magalhães de Moura (Org.). **Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas**. Brasília, IPEA, 2016.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2015.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; e SÁ, Maria de Fátima Freire de. Ensaio para a ética da biodiversidade. In: BRAUNER, Maria Claudia; DURANTE, Vicente. (Org.) **Ética Ambiental e bioética: proteção jurídica da biodiversidade**. Caxias do Sul/RS, Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012.

QUINTANA, Ana Carolina; e HACON, Vanessa. O desenvolvimento do capitalismo e a crise ambiental. **O social em questão – Revista Científica do Departamento de Serviço Social da PUC/RJ**, Rio de Janeiro, v.1, n.25/26, 2011.

RECH, Adir Ubaldo. O valor econômico e a natureza jurídica dos serviços ambientais in RECH, Adir Ubaldo. **Direito e economia verde: natureza jurídica e aplicações práticas do pagamento por servidões ambientais, como instrumento de ocupações sustentáveis**. Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Universidade de Caxias do Sul, 2012.

SALA, Jorge Francisco Aguirre. Aportación de la hermenéutica a la bioética ambiental ante el dilema biocentrismo versus antropocentrismo en la era de la globalización. **Acta Bioethica**. v.2 n.21, 2015.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

SHIKIE, Shigeo; SHIKI, Simone de Faria Narciso. Os Desafios de uma Política Nacional de

Pagamentos por Serviços Ambientais: lições a partir do caso do Proambiente. **Sustentabilidade em Debate** - Brasília, v. 2, n. 1, jan/jun 2011.

SIMÕES, Marcelo; ANDRADE, Daniel Caixeta. Limitações da abordagem coaseana à definição do instrumento de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) **Sustentabilidade em Debate - Brasília**, v. 4, n. 1, jan/jul 2013.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; ROÇAS, Giselle; GOMES, Andréia Patrícia; MINARDI, Rosângela; COTTA, Mitre; MESSEDER, Jorge Cardoso. A bioética ambiental e ecologia profunda são paradigmas para se pensar o século XXI? **Ensino, Saúde e Ambiente**, v.2 n.1, p 44-51, abril, 2009.

STROPPIA, Tatiana; e VIOTTO, Thaís Boonem. Antropocentrismo x Biocentrismo: um embate importante. **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 9, n 17. p. 119-133, set/dez, 2014.

WEISS, Joseph S. O papel da sociedade na efetividade da governança ambiental. in MOURA, Maria Magalhães de Moura (Org.). **Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas**. Brasília, IPEA, 2016.

WHATELY, Marussia; HERCOWITZ, Marcelo. **Serviços ambientais: conhecer, valorizar e cuidar – Subsídios para a proteção dos mananciais de São Paulo**. São Paulo. Instituto Socioambiental. 2008.

WUNDER, Svent; BÖRNER Jan; TITO, Marcus Rüginitz; e PEREIRA, Lígia. **Pagamentos por serviços ambientais: perspectivas para a Amazônia Legal**. MMA, 2009.

WUNDER, Svent. Payments for environmental services: some nuts and bolts., Bogor,Indonesia. **CIFOR Occasional Paper**, nº. 42. Center for International Forestry research., 2005

**Como citar:** ALENCAR, Evandro Luan de Mattos. RAIOL, Raimundo Wilson Gama. Bioética, gestão do meio ambiente e pagamento por serviços ambientais: teoria e prática de uma estratégia para proteção ambiental no sistema capitalista . **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 1, p. 142-164, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p142. ISSN 2178-8189.

Recebido em: 06/03/2019

Aprovado em 24/03/2020

## O DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DAS DECISÕES DE IMPROCEDÊNCIA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE

THE COMPULSORY DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION IN IMPROBITY ACTIONS

Alex Matoso Silva\*  
Cintia Garabini Lages\*\*

\*Mestre em Direito pela Fundação Universidade de Itauna (FUIT). Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada (IEC). Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Monsenhor Messias (FEMM). Email: [alexmatososilva@gmail.com](mailto:alexmatososilva@gmail.com)

\*\* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Email: [cintiagarabini.com](mailto:cintiagarabini.com)

**Como citar:** SILVA, Alex Matoso. LAGES, Cíntia Garabini. O duplo grau obrigatório das decisões de improcedência em ações de improbidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 165-185, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p165. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** O presente artigo tem como propósito discutir, à luz do devido processo constitucional e da teoria do modelo constitucional do processo, a validade da submissão de sentenças de improcedência proferidas em ações de improbidade administrativa ao duplo grau de jurisdição obrigatório, especialmente levando-se em conta que, à falta de norma expressa determinante do reexame necessário em tais casos, a submissão tem sido feita à força de aplicação por analogia do disposto no art. 19 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular) ou da aplicação subsidiária do art. 496 do CPC. A presente pesquisa, do tipo exploratória, adotará como procedimentos a revisão bibliográfica e a análise documental (julgados), sendo o método de inferência o indutivo. Busca-se validar a hipótese negativa para o reexame necessário, seja porque inaplicável a analogia, seja porque o próprio reexame necessário carece de amparo constitucional.

**Palavras-chave:** improbidade; reexame necessário; devido processo legal.

**Abstract:** The purpose of this paper is to discuss – in the light of due constitutional process and the theory of the constitutional model of the procedure – the validity of the submission of rulings of inadmissibility in actions of administrative improbity to the double degree of compulsory jurisdiction, especially taking into account that, in the absence of an express rule determining the necessary review in such cases, the submission is made by force

of application by analogy of the provisions of article 19 of Law 4.717/65 (Law of Class Actions) or by the subsidiary application of article 496 of the Code of Civil Procedure. This exploratory research will adopt as procedures the bibliographical review and the documentary analysis (of ruled cases), being the method of inference the inductive one. It seeks to validate the negative hypothesis for the necessary review, either because the analogy is inapplicable, or because the review itself lacks constitutional protection.

**Keywords:** improbity; review required; due process.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discutir acerca a submissão das sentenças de improcedência nas ações de improbidade administrativa ao duplo grau de jurisdição obrigatório – instituto conhecido como reexame necessário – com fundamento na aplicação analógica do art. 19 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular) ou na aplicação subsidiária do artigo 496 do Código de Processo Civil, à luz do modelo constitucional processual brasileiro.

A análise ora apresentada assume como fio condutor as teorias processuais constitucionalistas que têm por objeto a análise das relações decorrentes da constituição e sua aplicação ao processo, tal como formuladas por Eduardo Couture, Baracho e Dias, bem como sua versão mais recente, a teoria do modelo constitucional do processo, desenvolvida por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera. (DIAS, 2012; ANDOLINA, VIGNERA, 1997).

Há que se registrar que estudo foi motivado pela constatação de que os tribunais estaduais, ao submeterem as decisões de improcedência ao reexame necessário (expressão que doravante será utilizada), o fazem – no mais das vezes de ofício – sob a restrita e mera referência à analogia e ao artigo 19 da Lei 4.717/65, que regulamenta o processo e julgamento da ação popular, assim como ao singelo argumento de que se trata de um entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Um exemplo disso – frise-se: da mera referência ao entendimento “consolidado na jurisprudência do STJ” – foi a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, datada de 13.11.2018, em sede da Apelação Cível nº 1.0396.13.003561-3/001, por sua Sexta Câmara Cível, sob a relatoria do desembargador Corrêa Junior. (BRASIL, 2018), assim ementado:

Conheço de ofício da remessa necessária, à luz do artigo 19, da Lei n. 4.717/65, aplicável analogicamente ao caso analisado, nos termos da jurisprudência consolidada pelo c. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. 1. “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009). 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011).

Não se pretende analisar criticamente o julgamento no mérito – o reconhecimento ou não da existência de ato ímprobo por parte do réu. Tampouco será objeto de estudo a forma como o Tribunal mineiro invocou a aplicação do reexame necessário ao caso, a mera e restrita referência à analogia e ao artigo 19 da Lei 4.717/65, que regulamenta o processo e julgamento da ação popular.

Assim, por óbvio, a decisão referida serve apenas de exemplo da prática constatada

(aqui noticiada) e de ponto de partida para se examinar a higidez da aplicação da analogia para a submissão de uma sentença de improcedência em ação de improbidade administrativa ao duplo grau de jurisdição obrigatório, quando, cediço, a referida ação de improbidade conta com rito processual próprio que não prevê a referida submissão.

Quanto à metodologia adotada, a presente pesquisa caracteriza-se como sendo do tipo exploratória e adota como procedimentos a revisão bibliográfica e a análise documental (julgados), sendo o método de inferência o indutivo.

Utiliza-se, como estratégia ao estudo, suscitação escalonada do que aqui se denomina de “dúvidas razoáveis”, em número de quatro, cujas respostas ao longo do desenvolvimento do trabalho servirão ao propósito de confirmação ou não da hipótese de conclusão. São elas: a primeira, quanto ao dever de respeito ao contraditório; a segunda, quanto à existência de um silêncio (eloquente) no microsistema da improbidade administrativa quanto à remessa necessária; a terceira, que consubstancia o cerne deste estudo, quanto à obrigatoriedade da submissão da sentença de improcedência ao reexame necessário; e, por fim, a quarta, quanto à existência de identidade do substrato fático a justificar o emprego da analogia.

A hipótese proposta à confirmação futura por efeito deste estudo é a do não cabimento do reexame necessário no procedimento especial da ação de improbidade administrativa, seja porque inaplicável a analogia (inexistência de fundamento juridicamente válido para tanto), seja porque o próprio reexame necessário é exceção aos princípios que integram o modelo constitucional processual brasileiro.

Uma vez que estabelecido o marco teórico na jurisdição concretizada pelo devido processo constitucional, passa-se, a partir do próximo item, a uma breve análise do desenvolvimento processual sob a jurisdição regida nos limites constitucionais.

## **1 UMA VISÃO DA JURISDIÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL**

As relações entre constituição e processo são há muito evidenciadas tanto por processualistas, quanto por constitucionalistas e passam por distintas formas de concepção.

Eduardo Couture, processualista uruguaio, afirmava ser possível deduzir das relações estabelecidas entre a constituição e o processo, uma “Teoria Geral da Tutela Constitucional do Processo”, assumindo o processo o papel de garantidor dos direitos da pessoa humana. Nesse contexto teórico, qualquer lei processual que privasse o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer seu direito em juízo, deveria ser considerada inconstitucional. (COUTURE, 1993, p. 150)

José Alfredo de Oliveira Baracho, analisando as contribuições de Couture à Teoria do Processo, afirmou que o reconhecimento do processo como garantidor de direitos humanos

antecipa a compreensão constitucional do processo. Segundo o constitucionalista mineiro:

Como primeira fonte normativa do Direito Processual, a Constituição determina a organização dos poderes supremos, consagra os princípios fundamentais de suas instituições, possibilitando-lhes um funcionamento harmonioso. O paralelo entre o processo e o regime constitucional em que o mesmo desenvolve é inevitável. É nesse sentido que a relação entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais foi ressaltada por Couture: «a ação, como figura particular do direito cívico de petição; a exceção, como direito cívico paralelo à ação; o princípio da igualdade das partes, a garantia constitucional do juiz competente, etc.». (BARACHO, 1982, p. 61).

Entretanto, é possível afirmar que as relações entre constituição e processo se aprofundaram desde a publicação das obras de Couture e Baracho. Segundo Humberto Theodoro Júnior, tais relações evoluíram de forma a poder-se afirmar que, na atualidade, compete ao processo não apenas a garantia de direitos processuais, a garantia de todos os direitos fundamentais. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 30). Daí utilizar-se no presente trabalho a expressão *devido processo constitucional* em detrimento daquela referida no próprio texto da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso LIV, como *devido processo legal*.

Isso não se faz por obra do acaso, mas propositalmente. Conforme Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004), os poderes do Estado devem ser compreendidos como um complexo sistema de órgãos criados e delimitados pela Constituição. Suas atribuições, bem como a forma de execução das suas competências também encontram definição em normas constitucionais, o que confere legitimidade ao exercício da função jurisdicional. Nesse sentido, afirma referido autor:

Portanto, no Estado Democrático de Direito, que visualizamos como princípio, a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo e a declaração final do Estado, decorrente do poder de cumprir o dever de prestá-la, quando e se provocada por qualquer um do povo ou mesmo por qualquer órgão estatal, inserida na decisão, sentença ou provimento ali prolatados, jamais será um ato isolado ou onipotente do órgão jurisdicional, ditando ou criando direitos a seu talante, máxime se fundados na fórmula ilógica, inconstitucional e antidemocrática do “livre (ou prudente) arbítrio do juiz, mas resultado lógico de uma atividade jurídica realizada com a obrigatória participação em contraditório daqueles interessados que suportarão os seus efeitos. (DIAS, 2004, p. 85).

Em sentido convergente ao apresentado por Couture, Baracho e Dias, Italo Andolina e Giuseppe Vignera apresentam uma compreensão complementar das relações estabelecidas entre a constituição e o processo, a partir das quais é possível distinguir uma jurisdicionalidade originária e uma jurisdicionalidade derivada da constituição. A primeira relaciona-se com a “concreta forma de organização e funcionamento do Poder Judiciário”, ao passo que a jurisdicionalidade derivada

seria aquela decorrente de um modelo normativo estruturado constitucionalmente. (LAGES, CHAMON JÚNIR, 2017, p. 296).

A jurisdição, que pode ser melhor compreendida como o qualitativo da função de jurisdizer, quando assumida como derivada da Constituição, isto é, como instituída constitucionalmente, perfazeria o que os autores denominam com muita precisão de “modelo constitucional do processo”: conjunto de normas constitucionais referentes ao exercício da função jurisdicional e que se apresenta como um verdadeiro esquema geral de processo, capaz de se fazer entender como “objeto de uma exposição unitária”. (LAGES; CHAMON JÚNIOR, 2017, p. 296).

A jurisdição derivada, aqui assumida como modelo constitucional processual, caracteriza-se como sendo expansível, variável e aperfeiçoável, o que significa dizer que as normas processuais constitucionais condicionam os diversos procedimentos estabelecidos pelo legislador ordinário, podem ser criados distintos procedimentos, diversas estruturas como forma de atingir resultados desejados e pode o referido modelo ser aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional pela introdução de novos princípios e garantias processuais, possibilitando a sua permanente atualização. (LAGES, CHAMON JÚNIOR, 2017, p. 296).

Dada a centralidade da Constituição na conformação do processo, tal como defendido por Couture, Baracho, Dias, Andolina e Vignera, adota-se no presente trabalho a expressão *devido processo constitucional*, entendido não como um *locus* onde se desenvolvem simples formalidades, mas um espaço de garantia dos direitos fundamentais dos participantes do processo e destinatários dos efeitos decorrentes do provimento, ato final que põe fim à cadeia procedimental.

Dentre os princípios que conformam o modelo constitucional processual brasileiro, interessam ao presente trabalho, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do dispositivo.

Compreende-se por contraditório a liberdade assegurada àqueles que sofrerão os efeitos do provimento, de participar do processo. Como afirma Gonçalves, com fundamento na teoria processual formulada por Elio Fazzalari, a essência do contraditório reside “na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão os seus efeitos.” (GONÇALVES, 1992, p. 115). O princípio do contraditório, caracterizador do processo, apresenta-se, no contexto teórico fazzalariano, como uma liberdade assegurada de participação, não como dever de participação, como imposição. Imposição se faz ao Estado como sendo aquele que deve assegurar o direito de participação dos contraditores. A estes se resguarda a liberdade de participarem ou não. Ainda segundo Gonçalves,

O contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, no processo, e é garantia das partes porque o jogo da contradição é delas, os interesses divergentes são delas, são elas os “interessados e contra-interessados”

na expressão de FAZZALARI, enquanto, dentre todos os sujeitos do processo, são os únicos destinatários do provimento final, são os únicos sujeitos do processo que terão os efeitos do provimento atingindo a universalidade de seus direitos, ou seja, interferindo imperativamente em seu patrimônio. (GONÇALVES, 1992, p. 127).

O princípio da ampla defesa se corporifica na garantia às partes à livre argumentação, consistente na liberdade assegurada aos contraditores de utilizar de todos os meios legalmente admitidos de se manifestar, mediante representação profissional técnica, em prazo e modo adequados e suficientes e de serem ouvidos em sua manifestação, podendo lançar mão de provas e recursos.

O princípio da isonomia inibe a ocorrência de tratamento processual diverso a uma parte em relação a outra na medida da sua igualdade, de modo o que se facultar ou os ônus e deveres que se imputar a uma será, na mesma medida, aplicada a outra.

Por fim, o princípio do dispositivo, segundo o qual a jurisdição depende, para a sua atuação, da vontade provocadora das partes mediante o exercício do direito de ação. Deste princípio decorre o princípio da voluntariedade no âmbito da Teoria Geral do Sistema Recursal, segundo o qual o conhecimento e processamento de recurso por instância recursal superior exige manifestação inequívoca da parte legitimada interessada. O reexame necessário que assegura, de modo impositivo e não volitivo, o duplo grau de jurisdição, apresenta-se como exceção legal ao princípio da voluntariedade, não obstante não ser considerado recurso em sentido próprio, mas condição de eficácia da decisão.

O modelo constitucional de processo vincula-se à forma moderna, democrática, do estado, a assegurar a legitimidade da atuação estatal no exercício das suas funções. Nesse sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias reafirma:

[...] a importância do processo constitucional na obtenção do pronunciamento estatal decisório reivindicado pelas partes, única forma de lhes permitir, democraticamente, dentro de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo informado pelo contraditório e pela ampla defesa, a possibilidade de individualizarem as normas jurídicas abstratas e gerais integrantes do ordenamento jurídico que deverão incidir na solução das particularidades do caso concreto reconstruído dialeticamente no processo. (2012, p. 34).

No mesmo sentido, a advertência de Rosemiro Pereira Leal:

A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao Processo não tem conteúdos

de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de *igualdade* de realização construtiva do Procedimento. (2004, p.103).

Essa advertência, em verdade, não veda a admissão de institutos processuais que privilegiem uma das partes, como se mostra ser o reexame necessário, mas evidencia que tais instrumentos somente podem ser estabelecidos no processo de modo a tornar isonômica a oportunidade das partes de interferir na realização construtiva do procedimento, não uma simples condição de paridade – nivelamento formal.

Sendo este o modelo adotado, surge a primeira dúvida razoável: saber se o reexame necessário realmente respeitaria os princípios do contraditório e da ampla defesa (argumentação), quando imposto como condição de eficácia da decisão em proteção a apenas de uma das partes: a pessoa jurídica lesada.

### 3 AS AÇÕES DE IMPROBIDADE E SEU MICROSSISTEMA PROCESSUAL ESPECÍFICO

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seu artigo 37, § 4º que os atos de improbidade administrativa importam na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário sem prejuízo da ação penal cabível, dotou a ação de improbidade administrativa de caráter manifestamente repressivo.

A ação de improbidade administrativa, disciplinada no art. 17 da Lei 8.429/92, carrega o caráter repressivo constitucionalmente definido, uma vez que a mesma “se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei”. (SOARES, 2015).

Na ação de improbidade, é comum a cumulação do pedido de ressarcimento de danos, o que consubstancia, na ação de improbidade, efeito secundário da punição. Eis aí a razão de se confundir o propósito da ação de improbidade, com o das ações de ressarcimento puras. No entanto, conforme estudo a respeito do tema elaborado por Thiago Oliveira Soares, restam assinalados os propósitos de cada qual, evidenciada a diferença:

Essa distinção foi enfatizada no julgamento do REsp 827.445, perante a 1ª Turma (DJ de 08.03.10), quando, em voto-vista, o então ministro do STJ, Teori Zavaski, registrou que, diferentemente do que ocorre com simples demandas anulatórias de ato jurídico ou de reparação de danos, “a ação de improbidade administrativa tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas – físicas ou jurídicas – que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade”.

Portanto, trata-se de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza

essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória. Na ação de improbidade o objeto principal é aplicar sanções punitivas de caráter pessoal, a saber: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (SOARES, 2015).

Por conta desses aspectos peculiares, para a ação de improbidade foi constituído um procedimento contraditório específico, inspirado na ritualística processual penal regente dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, conforme previsto nos art. 513 a 518 do Código de Processo Penal. Ressalte-se apenas que a estruturação de novo procedimento judicial específico é consentânea com a característica da variabilidade que informa o do modelo constitucional processual, segundo a qual o modelo constitucional do processo pode vir a assumir diversas formas para a obtenção de fins específicos, no caso concreto, a responsabilização individual do responsável pela prática de ato ímprobo. (LAGES, CHAMON JÚNIOR, 2017, p. 296; ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 09).

A inspiração está revelada na referência ao *inquérito policial* (art. 22) para apuração de qualquer ilícito previsto na Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa ou, abreviadamente, LIA) e no estabelecimento de uma fase de notificação e de defesa preliminar como pressupostos ao recebimento da inicial (conforme art. 17, §§ 8º e 9º, da Lei 8.429/92), que guarda paralelo à forma prevista no art. 514 do Código de Processo Penal.

Afora isso, é bastante peculiar, no procedimento da ação de improbidade administrativa, quando proposta pelo Ministério Público, a faculdade atribuída à pessoa jurídica de direito público lesada de se posicionar no processo em função do interesse defendido, aderindo à pretensão ministerial ou sustentando a defesa do ato impugnado. Neste sentido, estabelece expressamente a Lei da Improbidade Administrativa, em seu art. 17, § 3º, a incidência do disposto no § 3º do art. 6º da Lei da Ação Popular, segundo a qual: “A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”. Mais que isso, é permitido até mesmo, no curso da demanda, alterar-se de um polo a outro a posição da pessoa jurídica de direito público lesada. Veja-se, a tal respeito, o entendimento adotado por Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto, em obra coletiva coordenada por Gajardoni:

A regra do § 3º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa determina a aplicação da norma do art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular que permite, segundo juízo de conveniência do representante legal da pessoa de direito público interessada, escolher a posição que será adotada quando a ação de improbidade administrativa tiver sido ajuizada pelo Ministério Público.

Assim, temos as seguintes possibilidades para a pessoa jurídica de direito público interessada: a) contestar o pedido, se entender que o Ministério Público não tem razão; b) ingressar no polo ativo, se entender que o Ministério Público tem razão e; c) aderir parcialmente ao pedido, em caso de reconhecimento pontual; d) permanecer inerte, sem qualquer manifestação, não havendo qualquer consequência no plano processual ou no de direito material. (GAJARDONI, 2012, p. 272-273).

Esse entendimento foi albergado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 945.238/SP (BRASIL, 2008):

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. MIGRAÇÃO DE ENTE PÚBLICO PARA O POLO ATIVO APÓS A CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Hipótese em que o Tribunal *a quo* concluiu que o ente público somente pode migrar para o polo ativo da demanda logo após a citação, sob pena de preclusão, nos termos do art. 183 do Código de Processo Civil.
2. O deslocamento de pessoa jurídica de Direito Público do polo passivo para o ativo na Ação Popular é possível, desde que útil ao interesse público, a juízo do representante legal ou do dirigente, nos moldes do art. 6º, § 3º, da Lei 4.717/1965.
3. Não há falar em preclusão do direito, pois, além de a mencionada lei não trazer limitação quanto ao momento em que deve ser realizada a migração, o seu art. 17 preceitua que a entidade pode, ainda que tenha contestado a ação, proceder à execução da sentença na parte que lhe caiba, ficando evidente a viabilidade de composição do polo ativo a qualquer tempo. Precedentes do STJ.
4. Recurso Especial provido.

A Lei da Improbidade Administrativa estabeleceu procedimento contraditório judicial especial, ao mesmo tempo em que restringiu a aplicação subsidiária de normas processuais constantes de diplomas legais outros, com exceção das situações expressamente por ela previstas. Nesse sentido o disposto no artigo 14, § 3º, no art. 16, § 1º, art. 17, §§ 3º e 6º da Lei de Improbidade.

Em relação ao reexame necessário, tem-se que o mesmo configura exceção ao princípio do dispositivo, do contraditório e da ampla defesa, ao possibilitar a devolução ao órgão judicial *ad quem* dos fundamentos da decisão proferida na instância *a quo*, sem a correspondente garantia da participação dos demais contraditores, possíveis afetados por uma decisão reformadora da mesma. Sua aplicação, dado o seu caráter excepcional, depende de expressa previsão legal. No entanto, a Lei de Improbidade Administrativa não faz referência expressa à possibilidade de sua aplicação, como não prevê a possibilidade da sua adoção a partir da aplicação de dispositivos legais outros. A questão que poderia ser levantada neste caso, a permitir a submissão da decisão a reexame necessário seria a de uma interpretação extensiva baseada no chamado *silêncio eloquente*. Ademais, a Lei da Improbidade Administrativa, ao estruturar um procedimento contraditório especial para punir atos de improbidade, não obstante prever a possibilidade da presença da pessoa jurídica de direito público lesada como contraditora, não tem o propósito de proteger – de modo primário –

dita pessoa jurídica de direito público, senão a coletividade.

Surge, a partir da consideração de possível ocorrência de silêncio eloquente, a segunda dúvida razoável: se o reexame necessário aqui sob crítica estaria acolhido no microsistema processual das ações de improbidade.

Isso porque proposta a ação pelo Ministério Público – um dos legitimados extraordinários previstos pela referida lei – a participação da pessoa jurídica de direito público lesada na qualidade de legitimada extraordinária e, portanto, contraditória, é facultativa, sendo que, na eventualidade da sua participação, ela pode assumir posição processual diversa daquela do autor em face do provimento, nos termos do disposto no § 3º do art. 17º, com sua referência expressa à incidência do estabelecido no § 3º do art. 6º da Lei 4.717/65, e do entendimento consubstanciado no julgamento do REsp 945.238/SP pelo Superior Tribunal de Justiça (contestar o pedido, abster-se de contestar, atuar ao lado do autor – no caso, o Ministério Público – e mudar de polo da demanda no curso do processo).

Considerando as várias possibilidades de participação da pessoa jurídica de direito público no processo, uma terceira dúvida razoável aparece: saber se a simples existência de provimento contendo decisão denegatória do pedido formulado ensejaria o reexame necessário do mesmo nos termos do art. 496, I, do Código de Processo Civil.

Esta terceira dúvida ora lançada é de vital importância, porque uma resposta negativa a ela desnaturaria o pressuposto e impediria *per si* a obrigatoriedade de submissão da sentença de improcedência prolatada em ações de improbidade ao duplo grau de jurisdição.

#### 4 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O REEXAME NECESSÁRIO

Ernane Fidelis asseverava que “O inconformismo com a decisão única é manifestação comum do ser humano, por mais justa que se possa apresentar”. (SANTOS, 2006, p. 637). Dito inconformismo constitui a base do princípio do duplo grau de jurisdição, que significa em uma conceituação simplista a previsibilidade de que – na jurisdição ordinária – uma decisão judicial seja revista por um órgão hierarquicamente superior, se assim a parte sucumbente ou um terceiro interessado o desejar.

O desejo referido linhas atrás – traduzido como interesse qualificado juridicamente – concretiza-se na manifestação recursal, que conduz a decisão impugnada ao crivo da instância superior, mediante um novo julgamento, com análise dos pontos delimitados no inconformismo – *tantum devolutum quantum appellatum* – brocardo latino que traduzido no efeito devolutivo do recurso.

Revolvidos e reanalisados os fatos, uma nova decisão será proferida na causa, podendo seu conteúdo confirmar os argumentos contidos na primeira decisão (a decisão impugnada), estabelecer uma conclusão diversa (reforma) ou ainda impor a anulação daquela (à força de

reconhecimento de vício nela presente), cumprindo-se o mister de inconformismo da parte com a justeza do que ficou decidido.

Historicamente, o duplo grau de jurisdição era previsto expressamente na Constituição de 1824, em seu art. 158.<sup>1</sup> Desde então, as constituições que se seguiram limitaram-se a prever a existência de tribunais e sua competência recursal, donde se extrai a existência implícita do princípio do duplo grau de jurisdição. Ao lado disso, por utilização literal da expressão *recursos* no art. 5º, inciso LVI<sup>2</sup>, da Constituição Federal de 1988, resta evidente, como garantia constitucional o duplo grau de jurisdição.

Até então, nesse tópico foi tratada a oportunidade de revisão de uma decisão judicial por um órgão hierarquicamente superior, cuja previsão de garantia em nível constitucional atribui faculdade à parte sucumbente utilizar dessa garantia.

Em nível infraconstitucional, conforme art. 496, inciso I<sup>3</sup>, do Código de Processo Civil, como pressuposto de produção de efeitos, está prevista a submissão ao duplo grau de jurisdição, *obrigatoriamente*, as sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

Não há dúvida de que, pela literalidade do *caput* do art. 496 do Código de Processo Civil e conforme lição de Donizete, o reexame necessário:

[...] não deve ser considerado recurso, seja por lhe faltar tipicidade, seja por não deter diversos dos requisitos básicos exigidos para caracterização dos recursos, tais como a necessidade de fundamentação, o interesse em recorrer, a tempestividade, o preparo, entre outros. Por esse motivo, entende-se que a remessa necessária tem natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, não se relacionando, portanto, com os recursos previstos na legislação processual. (2017).

Evidente trata-se de um instituto criado e mantido (até hoje) com o fim de privilegiar a Fazenda Pública e que é utilizado por ela tão somente para postergar o cumprimento de decisões que lhes sejam contrárias, porquanto, incidente sobre a condição de eficácia da sentença, ainda que não haja recurso voluntário por parte dela, não é permitida a execução definitiva dos julgados, a qual, mais das vezes, carece de expedição de precatório para pagamento.

Entretanto, perceptível uma tendência à restrição do instituto do reexame necessário no âmbito do Direito Processual brasileiro, o que pode ser verificado pela determinação legal da sua não aplicação em função do valor da condenação, nos termos dos incisos I, II e III do § terceiro do

---

1 Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.

2 Art. 5º LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

3 Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

art. 496 do Código de Processo Civil, bem como da limitação por consolidação de entendimento por tribunais, nos termos dos incisos dos § 4º do referido art. 496 do CPC.

A esse respeito, Nelson Nery Jr e Rosamaria de Andrade Nery fazem consignar que:

O controvertido instituto, não poucas vezes (e não sem razão, pela aplicação que se lhe tem dado), acimado de inconstitucional, sofreu, na vigência do CPC/1973, mitigação legislativa (v.g., L 10352/01, LJEfed 13), deixando de incidir em numerosos casos, razão bastante para orientar o intérprete a restringir sua aplicação, quando isso mostrar-se razoável. [...]. O novo CPC também operou mais algumas restrições à remessa necessária que visam limitar o abuso do instituto por parte da Fazenda Pública e dar maior garantia de satisfação àquele que vence demanda instaurada contra ela. (2015, p. 1173).

Cabe lembrar, também em conformidade com o registro anotado pelo professor Donizete, que

[...] os arts. 13 da Lei nº 10.259/2001 e 11 da Lei nº 12.153/2009, que tratam, respectivamente, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal e Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, proibiram, expressamente, o reexame necessário nas causas dos respectivos juizados. (DONIZETE, 2017).

De todo modo, porque ainda existente, esse privilégio à Fazenda Pública é abusivo se considerado o caráter integral do reexame, o que significa dizer que por meio dele são devolvidas ao tribunal todas as questões jurídicas e fáticas discutidas na instância anterior, ainda que a sentença não as tenha examinado em sua totalidade, permissivo de que o órgão jurisdicional hierarquicamente superior julgue a causa novamente por inteiro, sem qualquer restrição. Nesse sentido é a lição de Guilherme Marinoni:

**1. Remessa necessária.** Sendo cabível, a submissão à remessa necessária constitui condição inarredável para que se dê o trânsito em julgado da decisão (Súmula 423, STF: “não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”). A remessa necessária – também conhecida como reexame necessário – não constitui figura recursal, porque lhe falta a voluntariedade inerente aos recursos. Trata-se de condição para a eficácia da sentença e para a formação da coisa julgada. A remessa necessária “devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado” (Súmula 325, STJ). Como se trata de expediente voltado à defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo, nele “é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública” (Súmula 45, STJ). (MARINONI, 2017, p. 600).

Cabe ressaltar ainda que por força do entendimento consubstanciado no enunciado da Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça, inadmissível a *reformatio in pejus* em de reexame

necessário.

Eis que, então, surge a quarta dúvida razoável: tendo por conta que o reexame necessário é uma prerrogativa exclusiva da Fazenda Pública, seria o mesmo compatível com o modelo constitucional brasileiro, especialmente considerada a garantia do devido processo constitucional e do contraditório, enquanto garantia de participação em simétrica paridade?

## 5 DA ANALOGIA E SUA APLICAÇÃO NO PROCEDIMENTO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No tópico de introdução, registrou-se que o motivo desta pesquisa fora, tendo como exemplo o julgamento da apelação cível nº 1.0396.13.003561-3/001, pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a específica submissão a reexame necessário de uma sentença de improcedência prolatada em uma ação de improbidade, ao fundamento da aplicação de analogia, de modo que os contornos jurídicos do instituto *analogia* tornaram-se de especial importância neste estudo, para verificar o seu adequado emprego no caso julgado.

Cediço que, em algumas situações, um caso concreto não encontra norma jurídica capaz de regular a situação de fato nele versada. A isso se denomina lacuna legislativa, que, para o devido tratamento do caso, deve ser colmatada por meio de técnicas de integração.

Segundo Carlos Maximiliano, a analogia tem origem na Matemática e consiste na verificação de semelhança de relações. (2011, p. 168). Não configura método interpretativo, mas procedimento de colmatação de lacuna, prevista de modo expresso no artigo 4º. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A analogia consubstancia técnica de suprimento de lacunas de normatização para um dado caso concreto e “consiste em aplicar a caso não previsto a norma legal concernente a uma hipótese prevista e, por isso mesmo, tipificada.” (AMARAL, 2003, p. 90).

Duas são as espécies de analogia: a analogia legal e a analogia jurídica. A primeira delas – analogia legal – consiste em fazer incidir ao caso em exame uma norma existente no ordenamento jurídico, que regulamenta situação fática diversa, porém semelhante. A segunda – analogia jurídica – implica extrair do ordenamento jurídico com um todo, por meio do auxílio da doutrina, da jurisprudência e dos princípios gerais do direito, uma norma capaz de regular o caso concreto em exame.

Na hipótese em análise no presente artigo, discute-se a possibilidade da aplicação da analogia legal, porque utilizada a hipótese do reexame necessário previsto no artigo 19 da Lei da Ação Popular para fins de incidência ao procedimento estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa.

A analogia legal apresenta pressupostos específicos a saber: “a) o caso deve ser

absolutamente não previsto em lei; b) deve existir, pelo menos, um elemento de identidade entre o caso previsto e o não previsto; c) a identidade entre os dois casos deve atender a *ratio legis*.” (AMARAL, 2003, p. 91).

A doutrina (FRANÇA, 1988, p. 67) também aponta que a utilização da analogia encontra limites e, assim, especialmente, não pode ser aplicada uma norma criada para uma hipótese excepcional a casos que não apresentem tais características.

Também, conforme entendimento consolidado no âmbito do Direito Penal (FRANÇA, 1988, p. 67), ou mais adequadamente para o propósito deste trabalho no âmbito do *Direito Punitivo* (insito nas ações de improbidade administrativa), não se pode aplicar analogia *in mala partem*.

Certo está que a submissão de sentenças de improcedências em ações de improbidade administrativa ao reexame necessária *não está prevista em lei*, de modo que se tem por cumprido o primeiro pressuposto listado pelo professor Francisco Amaral à utilização da analogia.

No entanto, aqui surge a quinta e última dúvida razoável: haveria um elemento de identidade entre o caso previsto (a ação popular) e o não previsto (ação de improbidade) e, em havendo, se dita identidade atende a *ratio legis*.

## 6 DA NÃO APLICAÇÃO DO REEXAME NECESSÁRIO NOS PROCEDIMENTOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Durante o desenvolvimento deste trabalho, foram levantados vários questionamentos, os quais aqui encontram suas respectivas e necessárias respostas.

Indagou-se se o reexame necessário respeitaria os princípios do contraditório (em sua dimensão formal e substancial) e da ampla defesa (manifestação), assim também o devido processo constitucional, posto consubstanciar uma condição de eficácia da decisão em proteção a apenas de uma das partes: o Estado.

Também, se seria possível inferir a aplicação do reexame necessário nos procedimentos de improbidade administrativa a partir do reconhecimento da omissão quanto ao mesmo como um silêncio eloquente, a permitir uma interpretação extensiva.

Se estaria correto afirmar que uma decisão de improcedência em ação de improbidade administrativa seja decisão *proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações de direito público* cumpre o pressuposto para o reexame necessário, conforme disposto no art. 496, I, do Código de Processo Civil.

Ainda, considerado reexame necessário um privilégio reconhecido exclusivamente à Fazenda Pública, se existiria albergue constitucional para o seu reconhecimento não apenas no âmbito dos procedimentos de improbidade administrativa, mas em todos os procedimentos constituídos sob o modelo processual constitucional brasileiro.

E, na hipótese dos questionamentos acima autorizassem o reconhecimento do reexame necessário no âmbito do Direito Processual brasileiro, se haveria um nexo de identidade entre o caso previsto (a ação popular) e o não-previsto (ação de improbidade) a autorizar sua aplicação nesta através da aplicação da analogia legal.

No que concerne ao respeito ao modelo constitucional do processo, em especial aos princípios do contraditório (enquanto garantia de participação dos contraditores em simétrica paridade de armas) e da ampla defesa (manifestação, direito à ampla argumentação), que delineou os contornos da primeira indagação, cabe concluir que o reexame necessário, em seus próprios limites (ao largo da interposição de recursos voluntários) transforma o Poder Judiciário *ensor* de si mesmo, sem qualquer fundamento razoável e, a partir de então, alijando das partes o direito de “ser ouvido” e do “poder de influência” na construção da decisão do órgão hierarquicamente superior não sustenta a condição do devido processo constitucional.

É, pois, até desnecessário registrar que o fato de não permitir as partes qualquer manifestação dirigida ao órgão hierarquicamente superior viola o princípio constitucional processual da ampla defesa.

Relativamente à dúvida – se o reexame necessário estaria acobertado no microsistema processual próprio das ações de improbidade – a constatação é negativa.

Com efeito, o silêncio eloquente a respeito da incidência de reexame necessário em ações de improbidade administrativa importaria no reconhecimento de uma norma contrária à aplicação do instituto do reexame necessário, mesmo porque seria inapropriado admitir uma revisão automática da decisão de improcedência em âmbito de ação nitidamente punitiva, com origens no direito penal e processual penal.

Avançando-se à terceira dúvida – da possibilidade da afirmação de que uma decisão de improcedência em ação de improbidade administrativa seja decisão *proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações de direito público* e, assim, cumpriria o pressuposto para o reexame necessário, conforme disposto no art. 496, I, do Código de Processo Civil – resta óbvio que tal condição não ocorre.

Conforme discutido anteriormente, a ação de improbidade administrativa nunca teve o propósito de proteger – de modo primário – as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações de direito público), mas a sociedade, a coletividade. O resguardo a ditas pessoas jurídicas é secundário, consequencial, tanto que a posição delas no procedimento não é previamente estabelecida, dependendo de cada caso concreto.

É possível concluir categoricamente que uma sentença de improcedência em ação de improbidade não é proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, mas sim contra o agente público responsável pelo ato de improbidade, nos termos do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Em sendo assim, o pressuposto estabelecido no inciso I do art. 496 do Código de Processo Civil não é suficiente a autorizar a aplicação do reexame necessário.

Restou assinalada na quarta dúvida se existiria albergue constitucional para que o instituto do reexame necessário pudesse sobreviver, especialmente considerada a garantia do contraditório e do devido processo legal, tendo em conta que dito instituto – o reexame necessário – configura uma prerrogativa da Fazenda Pública.

Relembrando o magistério do professor Rosemiro Pereira Leal, o direito ao *processo* é um direito assegurador de *igualdade* de realização construtiva do procedimento. Nesse passo, ainda que se possa admitir tratamento diferenciado a uma das partes no processo, para o fim de estabelecer igualdade, ter-se-á por violado o princípio da isonomia sempre que dito tratamento diferenciado não for razoável. (LEAL, 2004, p. 104).

Impossível extrair qualquer traço de razoabilidade em um instituto que serve a privilegiar as pessoas jurídicas de direito público inventado tão somente para permitir a elas postergar a execução de julgados que lhes sejam contrários, o qual, afora dito propósito, pretende seja aplicado forçosamente às ações de improbidade administrativa como instrumento de censura às decisões de improcedência neste âmbito.

Por fim, quanto à possibilidade do reconhecimento da aplicação do reexame necessário através da aplicação da analogia, foi questionada a existência de elemento de identidade entre a norma positivada (a ação popular) e a situação de lacuna (ação de improbidade), que permitiria a incidência da norma positivada no procedimento da ação popular por analogia, e, em havendo identidade, se ela atenderia a *ratio legis*.

Conquanto admissível que seja comum à ação popular e à ação de improbidade a tutela ressarcitória do patrimônio público, impossível desconhecer, em relação a esta última, que isso traduz uma consequência secundária, jamais por coincidência de objetos.

Com efeito, embora seja objeto da ação popular a tutela ao patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural, de conformidade com o disposto no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988, não está no propósito primário da ação de improbidade a proteção patrimonial de pessoas jurídicas de direito público. Então, em havendo dano provocado pela conduta ímproba, o ressarcimento ao erário, que, conforme enfaticamente assinalado, não é a finalidade primeira desta espécie de ação, será imposto ao agente por força da disposição contida no art. 5º da Lei 8.429/92<sup>4</sup>.

E dizer, enquanto a ação de improbidade tem por função essencial a aplicação das sanções por ato improbidade administrativa e apenas por consequência assessória a reparação do dano ao patrimônio público, sendo este derivado da conduta ilícita administrativa, a ação popular tem por finalidade primária a tutela ao patrimônio público, moralidade administrativa, meio

4 Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

ambiente e patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5º, LXXIII). Aliás, Rodolfo Mancuso aponta finalidade da ação popular a “desconstituição do ato lesivo e condenação dos responsáveis à reposição dos *status quo ante, permitida a tutela cautelar*”, não assinalando propósito de aplicação de penalidades pessoais. (MANCUSO, 2004, p. 37).

São ações com expressiva distinção de objetos e finalidades, com convergência apenas acidentalmente no propósito de tutela patrimonialista, não havendo o necessário elemento de identidade entre o caso previsto (a ação popular) e o caso não previsto (ação de improbidade).

E, se por descuido, o intérprete admitir como elemento de identidade entre ambas o elemento da tutela ressarcitória, não será ele, exatamente por sua natureza não primária, o fundamento de atendimento a *ratio legis*, pois, necessário a tanto eleger um elemento secundário ao posto de primordial para alcançar o intento de atendimento à razão da lei cuja aplicação é pretendida à forma de analogia.

## CONCLUSÃO

O problema proposto no presente trabalho foi o perquirir acerca da possibilidade da submissão das sentenças de improcedência nas ações de improbidade administrativa, ao duplo grau de jurisdição obrigatório, com fundamento na aplicação analógica do art. 19 da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), ou na aplicação subsidiária do artigo 496 do Código de Processo Civil.

A partir da reconstrução papel central que a Constituição desempenha no delineamento de um modelo processual de observância obrigatória, sobretudo dos princípios do devido processo constitucional e do contraditório, procedeu-se à análise do procedimento específico da improbidade administrativa, aqui considerado como um microssistema processual.

Restou demonstrado o caráter sancionatório, que o diferencia das demais ações coletivas protetoras do patrimônio público e outros direitos difusos.

Ressaltou-se de modo incisivo as distintas posições subjetivas que a pessoa jurídica de direito público interno pode assumir em face do provimento, a depender da singularidade do caso concreto, posições estas que decorrem dos distintos interesses que a administração pública pode vir a defender no âmbito processual.

Foi discutido também o reexame necessário em face do princípio do duplo grau de jurisdição, buscando evidenciar o seu caráter total, ao devolver toda a matéria discutida ao longo do *iter* procedimental, ao mesmo tempo em negado aos demais interessados o direito de defesa dos argumentos contidos na decisão recorrida.

Por fim, foi alvo de discussão saber se o reexame necessário poderia ser adotado nos procedimentos de improbidade através da analogia legal, considerando-se uma possível semelhança entre os procedimentos de improbidade e da ação popular. O estudo contido no presente ensaio permite afirmar que ambos os procedimentos diferenciam-se quanto à sua natureza, objeto e fins.

Conclui-se que o reexame necessário não apenas padece de fundamento constitucional, o que por si só impediria a sua aplicação a qualquer procedimento judicial, bem como não pode ser aplicado ao procedimento de improbidade administrativa em função do caráter sancionatório da lei em face do agente público responsável pela prática do ato ímprobo.

A analogia, enquanto recurso de integração do ordenamento jurídico, não se aplica ao presente caso, pois se o silêncio do legislador pode ser interpretado eloquentemente é no sentido de interpretar uma exceção, o reexame necessário, de forma restritiva.

A conclusão geral é a confirmação da hipótese proposta quanto à impossibilidade do reexame necessário em ações de improbidade administrativa, seja porque inaplicável a analogia (inexistência de fundamento juridicamente válido para tanto), seja porque o próprio reexame necessário, de modo geral, não encontra amparo constitucional na Carta de 1988.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo e Constituição: o Devido Processo Legal**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, no. 23-25. p. 59-103, 1982. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/907/850/> Acesso em 02 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 945.238/SP, da Segunda Turma**, Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2008, DJe 20.04.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 1.219.033/RJ, da Segunda Turma**, Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 17 de março de 2011, DJe 25.04.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0396.13.003561-3/001, da Sexta Câmara Cível**, Relator: Desembargador Corrêa Junior. Belo Horizonte, MG, 13 de novembro de 2008, DJe 23.11.2018.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1993.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed., Salvador: Jus Podivm, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Remessa necessária** (art. 496, CPC/2015). Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2017/08/23/remessa-necessaria-art-496-cpc2015/>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al. **Comentários à lei de improbidade administrativa**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

LAGES, Cintia Garabini; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Acerca da segurança jurídica e da uniformidade das decisões a partir do novo código de processo civil à luz do modelo constitucional do processo brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, volume 07, no. 02, p. 286-302, agosto 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4797>. Acesso em: 08 abr. 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 5. ed., São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense editora, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Ernane Fidelis. **Manual de direito processual civil: volume 1: processo de conhecimento**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

SOARES, Thiago Oliveira. **O especialíssimo procedimento da Lei n.º 8.429/92 somente é aplicável às ações típicas de improbidade administrativa**. Publicado em 2015, por Alexandre Bitencourth Hayne. Disponível em: <<https://hayne.jusbrasil.com.br/artigos/312150737/o-especialissimo-procedimento-da-lei-n-8429-92-somente-e-aplicavel-as-acoes-tipicas-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito Processual Constitucional. **Revista Estação Científica**. Juiz de Fora, v. 01, no. 04, p. 28-43, outubro e novembro de 2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4410/artigo-2-revisado.pdf>. Acesso em 08 abr. 2019.

**Como citar:** SILVA, Alex Matoso. LAGES, Cíntia Garabini. O duplo grau obrigatório das decisões de improcedência em ações de improbidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 165-185, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p165. ISSN 2178-8189.

Recebido em: 18/03/2019

Aceito em: 24/11/2019

**RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR PELAS  
INFRAÇÕES NO TRÂNSITO ADUANEIRO****RESPONSABILITY OF THE CARRIER FOR CUSTOMS  
TRANSPORT INFRINGEMENTS****Glacy Odete Rachid Botelho\***  
**Sinara De Freitas Elias Campos \*\***

\*Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Processual Tributário pela Universidade de Brasília (UNB). Especialista em Direito e suas Relações com a Ecologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Língua Inglesa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Bacharel em Direito pela Federação das Escolas Superiores de Ilhéus e Itabuna (FESPI). Licenciada em Letras pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Email: [glacy.botelho@uol.com.br](mailto:glacy.botelho@uol.com.br)

\*\* Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Anhanguera de Ciências Humanas (FACH). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. (PUCGO). Email: [sinnara@gmail.com](mailto:sinnara@gmail.com)

**Como citar:** BOTELHO, Glacy Odete Rachid. CAMPOS, Sinara de Freitas Elias. Responsabilidade do transportador por infrações no transporte aduaneiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 1, p. 186-203, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p186. ISSN 2178-8189.

**Resumo:** O presente trabalho traz a estudo o instituto da responsabilidade tributária relacionada ao trânsito de mercadorias no território nacional, quando efetuado na modalidade de Trânsito Aduaneiro. A concessão do regime atende a algumas peculiaridades, pois foge à regra geral do regime comum de importação e exportação, que, salvo exceções legais, implica no pagamento dos impostos quando da saída ou entrada de mercadoria no território nacional. Concedido o benefício após cumpridas as exigências legais, há a permissão para o transporte destas mercadorias, de um recinto alfandegado a outro, com suspensão do pagamento de tributos, devendo as mercadorias despachadas em trânsito aduaneiro chegar ao local do destino, invioladas, com os lacres sem sinal de alteração. No caso de tal não ocorrer, a legislação prevê penalidades a serem aplicadas ao transportador, podendo mesmo haver a perda da mercadoria e do veículo, bem como a execução do termo de garantia. Com o Trânsito Aduaneiro o desembaraço aduaneiro é simplificado, o que facilita as operações de transporte de carga e os custos de armazenagem se tornam mais competitivos.

**Palavras-chave:** Aduana. Trânsito Aduaneiro. Transportador. Penalidades. Responsabilidade.

**Abstract:** The present study brings to the study the institute of tax responsibility related to the transit of goods in the national territory, when carried out in the modality of Customs Transit. The concession of the scheme meets certain peculiarities,

because it escapes the general rule of the common import and export regime, which, with legal exceptions, implies the payment of taxes when the goods leave or enter national territory. Once the legal benefits have been granted, there is permission to transport these goods, from one customs office to another, with suspension of the payment of taxes, and the goods dispatched in customs transit arrive at the place of destination, inviolate, with the seals without change. If this does not occur, the legislation provides penalties to be applied to the carrier, and may even loss of the merchandise and the vehicle, as well as the execution of the warranty term. With Customs Transit customs clearance is simplified, which facilitates freight transport operations and storage costs become more competitive.

**Keywords:** Customs. Customs Transit. Conveyor. Penalties. Responsibility.

## INTRODUÇÃO

O Imposto sobre a Importação de produtos estrangeiros, um dos tributos mais antigos do mundo e também do Brasil,<sup>1</sup> é um imposto federal, real, direto, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 153, inciso I, e suas normas gerais estão estipuladas nos artigos 19 a 22, do Código Tributário Nacional - CTN. É conhecido como Tarifa Aduaneira ou Tarifa das Alfândegas. Já o Imposto de Exportação para o estrangeiro de produtos nacionais ou nacionalizados, também de competência da União, encontra seu fundamento no inciso II, do mesmo artigo da Carta Magna, e os artigos 23 a 28, do referido CTN, o normatizam. Ambos fazem parte do grupo denominado de tributos do comércio exterior.

Como todo tributo, foram ambos, inicialmente, criados para servir de fonte de arrecadação para o Estado, muito embora possuam, atualmente, também uma função interventiva, apresentando-se como importante instrumento de política econômica, atuando na proteção à indústria nacional, quando utilizados com fins extrafiscais.

No período em que a vida econômica se resumia entre exportar matérias-primas e alimentos e importar produtos manufaturados, como bem apontou Osíres Lopes Filho, o Imposto de Importação teve como principal finalidade proporcionar recursos ao fisco, finalidade esta justificada pelo liberalismo econômico. (LOPES FILHO, 1984, p. 27)

Introduzida a industrialização, iniciou-se o conflito entre a nova classe industrial emergente, que buscava, avidamente, instrumentos de amparo e fomento e o setor tradicional, formado pela classe agrícola produtora de bens primários e os comerciantes vinculados ao setor externo. Passa-se, então, à utilização do Imposto de Importação como meio de proteção e seu uso, como instrumento da política econômica, o situa no campo da extrafiscalidade.

Como fonte de arrecadação para o tesouro nacional, tal tributo tem como contribuinte o importador ou quem a lei a ele equiparar, pessoa física ou jurídica, regularmente estabelecida ou não, podendo também ser considerado contribuinte o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados. “O contribuinte só poderá ser a pessoa (jurídica ou natural) que realizar a importação ou praticar atos pertinentes à aquisição direta de produtos estrangeiros, como decorrência lógica e natural da materialidade disposta na Constituição.” (MELO, 2012, p. 55).<sup>2</sup>

É suficiente, para sua incidência, a introdução do produto no território nacional, com o ânimo de aqui permanecer. Assim, a entrada de mercadoria estrangeira no território nacional, visando apenas utilizar o espaço brasileiro como meio de passagem para outro país, por não ter o ânimo de aqui permanecer, não se incorporando à economia interna, não configura importação,

1 As primeiras alfândegas foram instaladas no Brasil a partir de 1549, com a chegada do primeiro governador-geral. O primeiro imposto aduaneiro importante foi cobrado no século XVII, sob o nome de Dízima da Alfândega abrangendo a importação e exportação de alguns produtos. A partir de 1808, a arrecadação das alfândegas serviu de sustentáculo do Poder Público no Brasil. Na Constituição de 1891, sua previsão estava contida no artigo 7º, inciso I, sendo a União competente para criá-lo.

2 No plano infraconstitucional, o art. 22, do Código Tributário Nacional, estabelece que contribuinte do imposto é (I) importador ou quem a lei a ele equiparar; e (II) o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados. A legislação ordinária vigente (Dec.-lei nº 37/1966, art. 31, com a redação do Dec.-lei nº 2.472/1988, e Dec. Nº 6.759/2009, art. 104) dispôs que é contribuinte (I) o importador, assim considerado qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro; (II) o destinatário da remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente; e (III) o adquirente de mercadoria entrepostada.

não estando sujeito a este imposto.(PAULSEN, 2018, p. 395-396) No entanto, para tal, deve obedecer as regras do Regime Aduaneiro Especial de Trânsito Aduaneiro.<sup>3</sup>

O Imposto de Exportação, por sua vez, é de feição extrafiscal pois “sua finalidade envolve mais do que arrecadar dinheiro para a União: serve como um importante instrumento de controle do Estado na economia.” (CARNEIRO, 2018, p. 440) O regime de Trânsito Aduaneiro também pode ser aplicado à exportação de mercadorias nacionais ou nacionalizadas.

Nesse estudo far-se-á a análise do Trânsito Aduaneiro, levantando os critérios legais para sua concessão, os beneficiários do regime e as regras que devem ser cumpridas durante o trânsito. Ainda, não sendo estas obedecidas, buscar-se-á identificar as penalidades a serem aplicadas e a responsabilidade no caso de se detectar infração à legislação aduaneira que rege este regime. Para tal mister utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa na legislação pertinente e na bibliografia especializada.

## 1 REGIMES ADUANEIROS ESPECIAIS

Os regimes aduaneiros especiais podem ser definidos a partir da apresentação de duas características: a) são regimes tributários diferenciados, aplicados nas operações de comércio exterior em que a tributação na importação ou exportação se dá de forma diferenciada dos regimes comuns; b) algumas vezes, a concessão, pela autoridade administrativa aduaneira desses regimes, implica, também, em distinções no tocante à fiscalização aduaneira de produtos que entram e saem do território nacional (FOLLONI, 2005, p. 184). Estes regimes disciplinam exceções, afastando-se da regra geral de tributação no comércio exterior, que envolve tanto a importação como a exportação.

São considerados como sendo um conjunto de normas e procedimentos relativos à fiscalização e ao controle realizados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nas operações de entrada e de saída de mercadoria, do território aduaneiro.<sup>4</sup> Reza a legislação pertinente que por seu intermédio pode haver concessão de suspensão, isenção ou restituição de tributos do comércio exterior.

Segundo a lição de Liziane Angelotti Meira (2002, p. 41) as distinções destes regimes em relação ao regime comum de importação e exportação, se dá “em decorrência de incentivos fiscais concernentes aos impostos sobre o comércio exterior e de controle aduaneiro em relação aos bens objeto da operação.”

Apresentam três características fundamentais: a) suspensão da exigibilidade tributária; b) prazo e condições de permanência da mercadoria no regime; c) garantia dos tributos suspensos. As mercadorias objeto dos regimes aduaneiros especiais podem, ou não, ser despachadas para consumo.

---

3 O art. 1º do Decreto-Lei nº 37/66, em seu §4º, ainda deixa claro que não incide o Imposto de Importação sobre mercadoria estrangeira “destruída sob controle aduaneiro, sem ônus para a Fazenda Nacional antes de desembarçada” e em “trânsito aduaneiro de passagem, acidentalmente destruída”, tudo nos termos dos seus incisos I e II, com a redação dada pelas Leis nºs 10.833/03 e 12.350/10.

4 Decreto nº 6.759/2009 – Art. 2º. O território aduaneiro compreende todo o território nacional.

De acordo com o tratamento dado às importações e exportações, classificam-se os Regimes Aduaneiros como sendo:

a) Comuns ou gerais: neste regime, os fatos submetidos à incidência do imposto não gozam de nenhum benefício ou tratamento especial na exportação ou importação, sujeitando-se ao conjunto de regras e princípios que regulam a generalidade dos fatos submetidos à incidência dos impostos;

b) Especiais, econômicos ou suspensivos: têm como peculiaridade o fato de consistirem exceção à regra geral do Imposto de Importação, caracterizando-se pela diversidade dos seus objetivos, variedade de mecanismos e pela natureza jurídica distinta que apresentam entre si. Sua finalidade precípua não é a destinação da mercadoria ao consumo. Também diz respeito ao regime aduaneiro que permite o benefício da movimentação de mercadoria no território nacional com suspensão ou isenção de tributos incidentes nas operações de comércio exterior. São exemplos desta modalidade: o Trânsito Aduaneiro, o Drawback, a Admissão Temporária, a Exportação Temporária e o Entrepasto Aduaneiro.

A finalidade da utilização dos regimes aduaneiros especiais é servir de instrumento para o incremento das exportações e o aumento da competitividade do produto final no mercado externo, uma vez que os produtos beneficiados, desonerados da carga tributária comum às importações, agregam-se ao processo produtivo de um país, possibilitando o barateamento de custos. Servem, ainda, na importação, para a agilização da economia, com evidente saldo positivo para a sociedade como um todo, por intermédio do desenvolvimento das atividades comerciais, de transporte, mão de obra, dentre outras.

O presente trabalho tem enfoque específico nas atividades do Trânsito Aduaneiro, buscando analisar a responsabilidade tributária e as penalidades aplicáveis em caso de infrações administrativas e fiscais.

## 1.1 Trânsito aduaneiro

Uma das espécies de Regime Aduaneiro Especial, o Trânsito Aduaneiro permite o transporte de mercadoria, sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão de tributos, conforme definido no artigo 315, do Regulamento Aduaneiro Brasileiro (Decreto nº 6.759/2009)<sup>5</sup>

Por suas próprias características, o trânsito é efêmero, com finalidade de ter pouca duração, já que apenas permite a passagem da mercadoria pelo território nacional, tendo como finalidade um posterior despacho para consumo, uma introdução em outro regime especial ou saída para o exterior, quando se tratar de trânsito internacional.

Em relação ao fato gerador do Imposto de Importação, o artigo 19, do Código Tributário Nacional dispõe: “Art. 19. O imposto de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional.” Considera-se ocorrido

5 Art. 43, Decreto-lei nº 37/66.

o fato gerador, como regra, na data do registro da declaração de importação (aspecto temporal) realizado eletronicamente através do Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) (PAULSEN, 2018, p. 397).

Logo, no regime comum de tributação sobre o comércio exterior, o Imposto de Importação incide, em regra, ao se efetuar o registro da declaração de importação, quando se trata de produtos despachados para consumo. Na hipótese de regimes aduaneiros especiais, o produto é despachado para admissão em regime aduaneiro especial, não havendo despacho para consumo, e, como não há despacho para consumo, não há incidência tributária. No caso em tela, far-se-á a admissão no regime de Trânsito Aduaneiro. (FOLLONI, 2005, p. 188-189)

A natureza jurídica do regime é de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. A norma incide, e devido a este fato, o sujeito passivo declara a intenção de operar no regime, firmando o termo de responsabilidade, e a possibilidade de constituição do crédito tributário pelo lançamento é suspensa.

Classificar o trânsito aduaneiro como regime suspensivo não tem sido bem aceito por certos autores, isto porque, para haver suspensão de tributos, segundo o CTN, é necessário ter havido seu prévio lançamento, constituindo o crédito tributário (DIALLO, 2001, p. 81). Ocorre, no caso, a suspensão da exigibilidade do crédito antes mesmo de sua constituição. Mas, ainda assim, a maioria da doutrina continua considerando-o um regime suspensivo. James Marins se refere a uma “suspensão preventiva”. Neste caso, ainda não houve a formalização que constituirá o crédito e o que se suspende é a própria possibilidade de constituição do crédito tributário, pelo lançamento. (MARINS, 2017, p. 396-397)

Entende-se que o regime subsiste do local de origem ao local de destino e, desde o momento do desembarço para trânsito aduaneiro pela repartição de origem até o momento em que a repartição de destino certifique a chegada da mercadoria. A exemplificar, uma mercadoria que entre no Brasil pelo porto do Rio de Janeiro, destinando-se a outro local, como o porto seco de Anápolis, sendo beneficiária deste regime, apenas serão cobrados os tributos incidentes sobre a importação, quando ocorrer o despacho aduaneiro para consumo, no porto de Anápolis e não na sua entrada no porto do Rio de Janeiro.

O trânsito aduaneiro sofre controle fiscal do ponto inicial do itinerário de transporte da mercadoria (local de origem) até o seu local de destino (ponto final do itinerário), onde será processada sua conclusão, pela autoridade fiscal da Receita Federal do Brasil de destino.

### 1.1.1 Modalidades de operações para o trânsito aduaneiro

O Regulamento Aduaneiro estabelece as seguintes modalidades:<sup>6</sup>

A) Trânsito de Importação: é o transporte de mercadoria procedente do exterior, do ponto de descarga no território aduaneiro até o ponto onde deva ocorrer outro despacho (liberação aduaneira da mercadoria), ficando, no trajeto, sob controle fiscal, com suspensão de tributos.

---

6 Artigo 253 e 254, Regulamento Aduaneiro.

Deve ser transportada sob Trânsito Aduaneiro porque é mercadoria importada que ainda não foi desembaraçada. Neste caso, a mercadoria proveniente do exterior chega a um local alfandegado de zona primária,<sup>7</sup> mas o importador, por motivos de logística, ou por buscar uma taxa mais barata, tem interesse que o produto seja liberado em outro local alfandegado, podendo ser, por exemplo, o de sua região fiscal. Também se enquadra nesta classificação a mercadoria procedente do exterior, transportada por veículo em viagem internacional até o ponto em que se verificar a descarga.

B) Trânsito de Exportação: refere-se a trânsito de mercadoria nacional ou nacionalizada, verificada ou despachada para exportação, do local de origem ao local de destino, para embarque ou armazenamento em área alfandegada, para posterior embarque. É também chamado de Trânsito de Saída.

C) Trânsito de Reexportação: operação de transporte de mercadoria despachada para reexportação<sup>8</sup> do local de origem ao local de destino, para embarque em veículo com destino ao exterior ou armazenamento em área alfandegada, para posterior embarque.

D) Trânsito de Passagem: trata-se de passagem pelo território aduaneiro nacional de mercadoria procedente do exterior e a ele destinada. Por acordos internacionais, o Brasil pode permitir essa passagem sem que haja a incidência de tributos, uma vez que a mercadoria não está destinada a permanecer no território nacional.

E) Trânsito de Transferência: ocorre quando a mercadoria for transportada de um recinto alfandegado a outro. Exemplo: transferência de mercadoria de um ponto de fronteira alfandegado a um entreposto aduaneiro, para ali ser, posteriormente, liberada.

F) Trânsito com Procedimento Simplificado: Inclui-se na modalidade de trânsito de passagem, devendo ser objeto de procedimento simplificado, podendo ser:

- i) transporte de materiais de uso, reposição, conserto, manutenção e reparo destinados a embarcações, aeronaves e outros veículos estrangeiros, estacionados ou de passagem pelo território aduaneiro;
- ii) o transporte de bagagem acompanhada de viajante em trânsito; e,
- iii) o transporte de partes, peças e componentes necessários aos serviços de manutenção e reparo de embarcações em viagem internacional.

## 1.1 Despacho para trânsito

Para que se possa iniciar o Trânsito Aduaneiro, existem exigências apontadas no Regulamento Aduaneiro. Assim, o despacho de Trânsito Aduaneiro é processado com base na Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA, na qual é formulado o pedido de concessão e aplicação do regime, sendo especificada a mercadoria a ser conduzida.

<sup>7</sup> A zona primária consiste em toda área demarcada pela autoridade aduaneira local, que tem jurisdição sobre um ponto de entrada ou de saída de veículos, podendo ser um aeroporto, um porto ou uma passagem de fronteira. Ela consiste na parte interna de portos, aeroportos, recintos da alfândega e locais habilitados na fronteira terrestre pela autoridade aduaneira para operações de carga e descarga de mercadorias, ou embarque e desembarque de passageiros, vindo ou indo ao exterior.

<sup>8</sup> O termo *reexportação* refere-se ao fato de um país, território, região ou cidade importar produtos e exportá-los em seguida. Geralmente os produtos reexportados não sofrem qualquer tipo de processo para agregar valor (industrialização), ou seja, são vendidos como foram comprados.

A pessoa competente para conceder o regime de Trânsito Aduaneiro é o chefe da repartição, sob cuja jurisdição está a mercadoria, ou a quem ele delegar competência. A concessão do regime só se efetiva com o desembaraço da mercadoria.

A autoridade administrativa ao autorizar o regime deverá fixar: a) o itinerário; b) o prazo para execução da operação; c) prazo para comprovação da chegada dos volumes ao local de destino; d) as cautelas fiscais julgadas necessárias.

A Secretaria da Receita Federal, em ato normativo, poderá vedar a concessão do regime para determinadas mercadorias, por motivo de ordem econômica, fiscal ou por outras razões relevantes. É vedada, como exemplo, a concessão do regime a uísque e cigarros, procedentes do exterior e destinados ao Paraguai.

Certas mercadorias, em razão de seus componentes constitutivos, ou de sua natureza ou finalidade, não poderão transitar no território nacional sem prévia autorização dos órgãos competentes, como ocorre no caso de entorpecentes, explosivos, material bélico e radioativo. Desta forma, se a mercadoria estiver sujeita ao controle de outro órgão da Administração Pública, a concessão do regime está condicionada à liberação prévia deste órgão.

### 1.1.1 Espécies de declaração de trânsito aduaneiro

A solicitação do Trânsito Aduaneiro deve ser feita por intermédio da inserção dos dados no Sistema Integrado do Comércio Exterior, módulo trânsito (SISCOMEX Trânsito), efetuando-se a Declaração de Trânsito Aduaneiro que se enquadra na situação desejada pelo usuário.

O despacho de trânsito aduaneiro será processado com base em uma das seguintes declarações: Declaração de Trânsito Aduaneiro (DTA), Manifesto Internacional de Carga - Declaração de Trânsito Aduaneiro (MIC-DTA), Conhecimento-Carta de Porte Internacional - Declaração de Trânsito Aduaneiro (TIF-DTA), Declaração de Trânsito de Transferência – DTT, Declaração de Transbordo Internacional – DTI, Declaração de Trânsito de Contêiner – DTC, a depender da situação.

Cada documento acima apontado tem aplicação própria para uma das situações distintas. Deixaremos de explicitá-los por fugir ao escopo do presente trabalho.

## 1.2 DO TRANSPORTE DAS MERCADORIAS

Referindo-se ao transporte das mercadorias, aponta Sosa:

As operações de trânsito aduaneiro, no que respeita ao transporte propriamente dito, serão efetuadas por empresas transportadoras habilitadas pela Secretaria da Receita Federal. A habilitação é pleiteada junto ao órgão jurisdicionante, inclusive para efeitos de renovação das habilitações vincendas. No exame a autoridade considerará o interesse administrativo assim como a idoneidade, tradição e

situação patrimonial do prestador de serviço de transporte (SOSA, 1995, p. 232).

Assim, a empresa transportadora deve estar previamente habilitada para o transporte de mercadorias em regime de Trânsito Aduaneiro, conforme dispõe o artigo 322, do Regulamento Aduaneiro, sendo essa habilitação outorgada, em caráter precário, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.<sup>9</sup>

O transporte para passagem de mercadorias pelo país está condicionada, bem como nos despachos de importação, ao controle administrativo, sujeito à liberação por outros órgão da Administração Pública, como o Ministério do Exército, no caso de armas de fogo, e do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em se tratando de produtos que possam trazer algum risco de contaminação.

Ao ser concedido o regime, será realizada a conferência da mercadoria na presença do beneficiário do regime e do transportador, quando se identificará o beneficiário, a mercadoria, verificando-se todas as informações sobre sua natureza e quantificação.

#### 1.4 Beneficiários do regime de trânsito aduaneiro

O artigo 321 do Regulamento Aduaneiro aponta como beneficiários do regime de Trânsito Aduaneiro:

- a) o importador;
- b) o exportador;
- c) o depositante: fiel depositário, responsável pelos armazéns alfandegários, para onde as mercadorias irão transitar, seja de natureza privada ou pública;
- d) o representante, no País, do importador ou exportador domiciliado no exterior;
- e) o permissionário ou concessionário de recinto alfandegado;
- f) o operador de transporte multimodal;
- g) o transportador;
- h) o agente unitizador e desunitizador de carga.

A concessão do Trânsito Aduaneiro aos beneficiários implica na obrigação de transportar a mercadoria devidamente lacrada, em container ou não, do local de origem ao local de destino, e entregá-la intacta, da mesma forma em que foi desembarçada para o trânsito, sendo este encerrado após a verificação, pela autoridade administrativa do local de destino, tendo constatado a inexistência de qualquer infração durante o trânsito. Os beneficiários do regime deverão cumprir com as exigências da lei aduaneira relativas a este regime.

#### 1.5 GARANTIA

<sup>9</sup> Art. 322. A habilitação das empresas transportadoras será feita previamente ao transporte de mercadorias em regime de trânsito aduaneiro e será outorgada, em caráter precário, pela Receita Federal do Brasil.

§ 1º Para concessão ou renovação da habilitação, serão levados em conta fatores direta ou indiretamente relacionados com os aspectos fiscais, a conveniência administrativa, a situação econômico-financeira e a tradição da empresa transportadora, respeitadas as atribuições dos órgãos competentes em matéria de transporte. (Regulamento Aduaneiro) A habilitação se dará mediante solicitação de cadastramento no Siscomex Trânsito e apresentação do Termo de Responsabilidade para Trânsito Aduaneiro (TRTA). (art. 9º, IN SRF nº 248, de 2002)

Na unidade da Receita Federal em que for concedido o Trânsito Aduaneiro será exigida a prestação de garantia pelo transportador, formalizada por meio do aditivo ao TRTA (Termo de Responsabilidade para Trânsito Aduaneiro), a ser anexado ao referido processo administrativo, para assegurar o cumprimento das obrigações fiscais suspensas.

A prestação da garantia<sup>10</sup> será válida após sua aceitação e inclusão no sistema pelo servidor responsável. Esta pode ser efetuada sob a forma de depósito em dinheiro, fiança idônea ou seguro aduaneiro em favor da União, a critério do transportador.

Prevê a legislação infralegal em vigor (Instrução Normativa SRF nº 248/2002 com alterações posteriores) sua dispensa em casos que enumera, dentre os quais na hipótese de o beneficiário do regime ser concessionário ou permissionário de recinto alfandegado de destino, na condição de depositário, e a de o transportador possuir patrimônio líquido superior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

A parcela da garantia necessária à cobertura de cada operação de trânsito será de cem por cento do montante dos tributos suspensos. A garantia prestada cobrirá todas as ocorrências dentro de sua vigência, mesmo que a sua execução seja posterior a esse período.

## 1.6 Cautelas fiscais

A aplicação das cautelas fiscais pode ser adotada isolada ou cumulativamente. “É a própria circunstância do transporte e do acondicionamento da mercadoria que acabarão por recomendar a adoção de procedimentos cautelares, chegando ao próprio acompanhamento fiscal” (SOSA, 1995, p. 237).

No intuito de impedir a violação do veículo, da unidade de carga e dos volumes em trânsito aduaneiro serão aplicadas, pela autoridade administrativa que fará a liberação para o trânsito, dispositivos de segurança como lacração, cintagem e marcação e, sendo o caso, até mesmo acompanhamento fiscal. Estes dispositivos de segurança somente poderão ser rompidos em presença da fiscalização ou sob sua autorização.

A norma aduaneira visa a impedir que outros, que não a fiscalização de destino, rompam os lacres apostos na repartição de origem. Enfim, o que se proíbe é que os dispositivos de segurança sejam violados durante o trânsito.

## 1.7 Rotas e prazos

Ao dar início ao trânsito no local de origem, a autoridade administrativa cadastrará ou autorizará no sistema a rota e o respectivo prazo para a chegada do veículo com a carga no destino, de acordo com a via de transporte, podendo ambos serem propostos pelo transportador ou beneficiário.

---

10 2. Garantia: Obrigação que contrai, a favor da aduana, com objetivo de assegurar o pagamento dos gravames ou cumprimento de outras obrigações contraídas frente a ela. <http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/transito-aduaneiro/topicos/conceitos-e-definicoes> acesso em: 10.10.2018.

A expressão rota legal, como ponderada por SOSA (1996, p. 236), vem a significar o percurso a ser seguido, obrigatoriamente, pelo veículo transportador. É regra que tem aplicação mais encontrada nos trânsitos terrestres rodoviários. A autoridade estabelece o percurso citando as rodovias a serem percorridas pelo veículo, podendo aceitar, a seu critério, rota alternativa proposta pelo interessado.

O trânsito terrestre deve, preferencialmente, ser realizado pelas vias principais, utilizando-se, sempre que possível, o percurso mais direto. Os veículos terrestres utilizados no transporte de mercadoria estrangeira devem ser fechados, tipo baú, possibilitando a lacração, salvo se a mercadoria, por seu volume ou outra característica, o impedir, ou se for utilizado contêiner que ofereça segurança e inviolabilidade à mercadoria.

### **1.8 Termo de responsabilidade**

Nosso direito positivo (Código Tributário Nacional, art. 121, parágrafo único, II) preceitua que o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. E acrescenta que o sujeito passivo diz-se: “II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa em lei.” Em matéria aduaneira, a responsabilidade está fixada nos termos do Decreto-lei nº 37/1966, compilado no Regulamento Aduaneiro.

A responsabilidade pelo cumprimento das obrigações fiscais suspensas em decorrência da aplicação do regime de trânsito aduaneiro será formalizada pelo transportador, em Termo de Responsabilidade para Trânsito Aduaneiro (TRTA), com validade de três anos, podendo ser renovado sucessivamente por igual período, e deverá ser apresentado à unidade de fiscalização aduaneira acompanhado de prova de poderes do signatário.

Esta formalização se fará no sistema, e nela o responsável declara assumir a condição de fiel depositário da mercadoria, enquanto subsistir a operação de trânsito aduaneiro.

## **2 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO TRÂNSITO ADUANEIRO**

Após efetuado o desembaraço para trânsito pela autoridade aduaneira da unidade de origem, deverá a mercadoria ser transportada pela rota que lhe for estipulada para sua chegada ao destino, no prazo fixado e atendendo às cautelas necessárias à segurança fiscal.

No decorrer do percurso, pode ocorrer a interrupção do trânsito tanto por fatos alheios à vontade do transportador, como eventos extraordinários que comprometam a segurança do veículo ou do equipamento de transporte, bem como por determinação da autoridade fiscal, em casos de denúncia, suspeita ou conveniência da fiscalização. Estas ocorrências devem ser registradas ou, o transportador deverá comunicar o fato à unidade aduaneira com jurisdição sobre o local em que se encontra o veículo.

Ao término do trânsito aduaneiro, ou seja, quando o veículo chegar ao local de destino, deverá a autoridade administrativa atestar o horário de sua chegada e verificar a inviolabilidade

dos elementos de segurança ou lacre aplicados na origem.

O término regular do regime “se verifica quando este produz seus efeitos normais que lhe são característicos, possibilitando a entrada da mercadoria em outro regime.” (LOPES FILHO, 1984, p. 105). Se a mercadoria for objeto de despacho para consumo ou para entrada em outro regime especial, ou despacho de exportação, encerra-se o regime de trânsito, surgindo novo regime. Assim, o crédito tributário existente poderá extinguir-se, no caso específico do trânsito internacional ou de exportação; modificar-se, caso do despacho para consumo; ou persistir, na hipótese de mudança para outro regime.

Importante ressaltar, como já mencionado anteriormente, que a mercadoria não pode ter os dispositivos de segurança do seu transporte rompidos ou suprimidos e, que havendo extravio da mercadoria durante o percurso poderá acarretar a responsabilidade tributária, ressalvada a exceção disposta no artigo 664, do Regulamento Aduaneiro,<sup>11</sup> no caso de a mercadoria não chegar ao local de destino por um caso fortuito ou força maior.

Constatados indícios de violação ou divergência, a unidade de destino procederá à verificação da carga, comparando-a com os documentos instrutivos do trânsito e com imagens de inspeção não invasiva na origem, se estiverem disponíveis, e informará o resultado no sistema. Ainda, a autoridade fiscal apurará o crédito tributário e informará no sistema a parcela referente aos impostos correspondentes ao extravio ou avaria.

No mesmo sentido do Regulamento Aduaneiro está a redação do §1º, do artigo 74, do Decreto-Lei nº 37/66, que trata do Imposto de Importação, ao dispor que: “a mercadoria cuja chegada ao destino não for comprovada ficará sujeita aos tributos vigorantes na data da assinatura do termo de responsabilidade.”

O termo de responsabilidade será executado pela unidade que apurou o crédito tributário quando ficar configurado avaria ou extravio total ou parcial da carga transportada, no montante correspondente ao crédito apurado. No caso de nenhum dos veículos da operação de trânsito chegar ao destino, a apuração e as informações caberão à unidade de origem.

Como visto, o Regulamento Aduaneiro, em seu artigo 337, determina que: “As obrigações fiscais relativas à mercadoria, no regime de trânsito aduaneiro, serão constituídas em termo de responsabilidade firmado na data do registro da declaração de admissão no regime, que assegure sua eventual liquidação e cobrança.”, sendo que, caso a mercadoria não seja apresentada no local de destino, na forma e prazo fixado, ficará o transportador “[...] sujeito ao cumprimento das obrigações assumidas no termo de responsabilidade, sem prejuízo das penalidades cabíveis.” (art. 339, §1º, Regulamento Aduaneiro) e os tributos serão os vigentes à data da assinatura do termo de responsabilidade, com os devidos acréscimos legais, conforme consta no §2º, do citado artigo.

Cumprido frisar que, a depender do tipo da mercadoria importada, atualmente, os tributos incidentes na importação de mercadoria estrangeira, nos moldes do regime comum ou especial, são os seguintes:

---

11 Art. 664. A responsabilidade a que se refere o art. 660 pode ser excluída nas hipóteses de caso fortuito ou força maior.

- a) Imposto de Importação – II
- b) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;
- c) Contribuição para o PIS/PASEP e COFINS;
- d) Adicional de Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM;
- e) CIDE-Combustíveis;
- f) Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS;
- g) Taxa de Utilização do Siscomex.

O vínculo obrigacional surge, segundo o CTN, “no âmbito da relação tributária, entre sujeitos ativo e passivo; este, embora possa ser o contribuinte, poderá, também, ser terceira pessoa (art. 121, parágrafo único)” (SCHOUERI, 2018, p. 568).

A carga fiscal pode ser exigida de pessoa diferente daquela que praticou o fato gerador, sendo estabelecidos critérios norteadores desse procedimento para que o aplicador não se depare com um verdadeiro caos tributário, propiciando interpretações diferenciadas e equivocadas qualificações. Além dos contribuintes (sujeitos por dívida própria), também podem ser considerados no pólo passivo os responsáveis (sujeitos por dívida alheia) (MELO, 2012, p. 17).

Assim, o sujeito passivo é o sujeito que está obrigado ao pagamento do tributo, que será o contribuinte ou o responsável, consoante o determinado no Código Tributário Nacional. Mas nem sempre o contribuinte será aquele que deverá adimplir a obrigação, já que a lei pode eleger um terceiro como tal, excluindo a obrigação do contribuinte. Este será o responsável.

No caso em comento, consta do artigo 660, do Regulamento Aduaneiro, em seu § 2º, que os créditos tributários serão lançados de ofício, exceto na hipótese de o importador ou responsável assumir espontaneamente o pagamento, conforme se vê:

Art. 660. Os créditos relativos aos tributos e direitos correspondentes às mercadorias extraviadas na importação, inclusive multas, serão exigidos do responsável por meio de lançamento de ofício, formalizado em auto de infração, observado o disposto no Decreto nº 70.235, de 1972.

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, considera-se responsável:

I - o transportador, quando constatado o extravio até a conclusão da descarga da mercadoria no local ou recinto alfandegado, observado o disposto no art. 661; ou  
II - o depositário, quando o extravio for constatado em mercadoria sob sua custódia, em momento posterior ao referido no inciso I.

§ 2º Fica dispensado o lançamento de ofício de que trata o *caput* na hipótese de o importador ou de o responsável assumir espontaneamente o pagamento dos créditos.

Verifica-se, pois, que na conclusão do Trânsito Aduaneiro, sendo observado o extravio de mercadorias durante o trânsito, o crédito tributário a elas referente será exigido do responsável, por

meio de lançamento de ofício, salvo se o importador ou o responsável espontaneamente assumir o pagamento dos créditos.

Também será considerado responsável o depositário na hipótese de o extravio ter sido constatado em mercadoria sob sua custódia. Esta hipótese não se aplica ao Trânsito Aduaneiro.

A seguir, o artigo 661 indica em que circunstâncias o transportador será o responsável pelo pagamento do crédito tributário. *In verbis*:

Art. 661. Para efeitos fiscais, é responsável o **transportador** quando:  
 I - constatado que houve, após o embarque, substituição de mercadoria;  
 II - houver extravio de mercadoria em volume descarregado com indícios de violação;  
 III - o volume for descarregado com peso ou dimensão inferior ao constante no conhecimento de carga, no manifesto ou em documento de efeito equivalente.  
 (grifo nosso)

Destarte, para efeitos fiscais, o transportador será responsável quando, após o embarque, a mercadoria houver sido substituída ou houver sido extraviada em volume descarregado com indícios de violação; ou, ainda, quando o volume descarregado apresentar peso ou dimensão inferior ao constante no documento que instruiu o pedido de concessão do regime especial de Trânsito Aduaneiro.

### 3 PENALIDADES ADMINISTRATIVAS E FISCAIS APLICÁVEIS AO TRANSPORTADOR

O Poder Público, por intermédio do Poder de Polícia da Administração Pública, em nome da coletividade, pode interferir na esfera particular, estabelecendo infrações administrativas e suas respectivas penalidades.

Infringir uma lei é não atender ao seu comando; é agir de forma diferente à conduta por ela estipulada, seja por ignorá-la e, portanto, sem intenção, seja com o objetivo de conseguir uma vantagem ou evitar um prejuízo para si ou para outra pessoa. A legislação tributária contempla não só o fazer, mas também o deixar de fazer alguma coisa estabelecida pela norma legal.

Prescreve o Código Tributário Nacional, em seu artigo 97, inciso V, que somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidade para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas. Desta leitura, infere-se que a definição das infrações tributárias na esfera aduaneira e a cominação das correspondentes penalidades também devem obedecer ao princípio da legalidade.

A respeito dos atos de fiscalização, o jurista José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 77) já apontou:

Não adianta deter o Estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse de mecanismos necessários à fiscalização da conduta deste. Assim, o poder de polícia reclama do Poder Público a atuação de agentes fiscalizadores da conduta dos indivíduos.

A fiscalização apresenta duplo aspecto: um preventivo, através do qual os agentes

da Administração procuram impedir um dano social, e um repressivo, que, em face da transgressão da norma de polícia, redunde na aplicação de uma sanção.

Dessa forma, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 248, de 25 de novembro de 2002, com alterações posteriores, ao tratar da aplicação do regime de trânsito aduaneiro, estabelece, no artigo 72, as ocorrências que, caso venham se dar no curso das operações de trânsito, serão registradas no sistema para o transportador, e sua respectiva gradação, conforme se vê:

Art. 72. No curso das operações de trânsito serão registradas no sistema, as seguintes ocorrências para o transportador, com a respectiva gradação:

I - automaticamente:

a) chegada do veículo fora do prazo estabelecido, por ação ou omissão do transportador, leve;

b) violação de dispositivo de segurança, unidade de carga ou veículo, média; e

c) extravio parcial ou total de carga, grave;

II - pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:

a) desvio da rota autorizada, sem motivo justificado, média;

b) substituição do veículo transportador, sem autorização da autoridade aduaneira, média; e

c) chegada do veículo em unidade da SRF diversa da unidade de destino indicada na declaração, média.

§ 1º O transportador será responsabilizado pelas ocorrências a que der causa, bem assim por aquelas a que derem causa seus prepostos, empregados, contratados ou subcontratados.

§ 2º A ocorrência será agravada, mediante formalização de processo administrativo, no caso de dolo do transportador.

O transportador será responsabilizado pelas ocorrências que der causa, bem assim por aquelas a que derem causa seus prepostos, empregados, contratados ou subcontratados. Em caso de dolo do transportador, a ocorrência será agravada, mediante formalização de processo administrativo.

No que se refere às penalidades previstas no Regulamento Aduaneiro, o artigo 675, estabelece:

Art. 675 – As infrações estão sujeitas às seguintes penalidades, aplicáveis separada ou cumulativamente:

I – perdimento do veículo;

II – perdimento da mercadoria;

III – perdimento de moeda;

IV – multa; e

V – sanção administrativa.

O perdimento do veículo ocorrerá nas hipóteses de o veículo estar em situação ilegal quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou transporte internacional, correspondente à sua

espécie; quando efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou carga de mercadoria nacional ou nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado; quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira desviar-se de sua rota legal sem motivo justificado ou ainda quando o veículo for considerado abandonado.

Outra modalidade de penalidade é a denominada pena de perdimento da mercadoria. No que se refere ao trânsito aduaneiro, em operação de carga, ou já carregada em qualquer veículo ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito da autoridade aduaneira, ou sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida no texto normativo. Se a mercadoria estiver incluída em lista de sobressalentes e provisões de bordo e estiver em desacordo com as necessidades de serviço e do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação, também será objeto de pena de perdimento.

Estes são apenas alguns casos dos muitos relacionados no artigo 689 (Decreto-lei nº 37/66 e alterações posteriores) que elencam os casos em que a pena de perdimento de mercadoria poderá ser aplicada.

O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil irá propor a penalidade adequada que se encaixe nas condutas tipificadas nos artigos 688 a 735-C, do Regulamento Aduaneiro e, no caso de a mercadoria não chegar ao local de destino, configurando desvio de rota legal e extravio, o titular da Receita Federal da unidade de destino comunicará o fato referido à autoridade policial competente, para efeito de apuração do crime de contrabando ou de descaminho, conforme dispõe o §4º, do artigo 688.

Há que se mencionar que o transportador poderá praticar os crimes contra a ordem tributária omitindo informações, prestando declarações falsas às autoridades fazendárias e mediante outras condutas descritas no art. 1º, da Lei nº 8.173/90. Neste caso, poderá responder judicialmente pelo crime cometido.

## CONCLUSÃO

A legislação aduaneira é complexa e, muitas vezes tem gênese nos costumes do comércio internacional, conhecidos apenas aos iniciados. Em sua imensa maioria, o sub-sistema normativo aduaneiro é formado, como aponta Folloni (2005, p. 14) por instrumentos normativos secundários, de hierarquia infralegal e, conhecer cada um destes atos é indispensável ao profissional do ramo. Além disso, estes instrumentos normativos se sucedem com frequência impressionante, o que faz com que as publicações existentes se tornem ultrapassadas rapidamente.

Poucos são os trabalhos jurídicos nesta área de legislação aduaneira e os estudos realizados por juristas são raros e, não raro, ainda, observar que não foram objeto de atualização. No entanto, são extremamente louváveis por serem um estudo sistemático desta temática tão importante quanto indispensável no mundo moderno.

Em especial, acerca do tema Trânsito Aduaneiro, há que se dizer ser ele vasto e, que existe pouca doutrina disponível em livros e manuais, sendo, muitas vezes, a *internet* uma importante ferramenta para a busca de informações, através de estudos publicados a respeito do assunto.

Vale ressaltar que o Trânsito Aduaneiro é bastante útil para importadores situados em países limítrofes com o Brasil, como Paraguai e a Bolívia, que não dispõem de portos marítimos próprios e precisam atravessar suas mercadorias pelo nosso território, seja por via rodoviária ou aérea e, com a aplicação desse Regime Aduaneiro Especial recebem o benefício da suspensão tributária temporária para essa passagem. E, também, é útil para a movimentação de mercadoria da zona primária para um recinto alfandegado na zona secundária.

Serve o referido regime aduaneiro de incremento das exportações e aumento da competitividade do produto final no mercado externo. No entanto, na mesma proporção em que o Trânsito Aduaneiro é relevante aos beneficiários, há necessidade de o Brasil seguir rigorosamente seu papel de fiscalização e controle sobre essas mercadorias de passagem, evitando, assim, que ingresse no país material proibido (contrabando) ou que durante o trânsito, haja o descaminho de mercadorias.

Destarte, será o transportador responsável pela mercadoria despachada em Trânsito Aduaneiro que não chegue a seu destino, ou ainda que seja objeto de perda ou avaria, podendo sofrer a penalidade de perda do veículo, perda da mercadoria, além das multas previstas na importação, dentre outros casos, no de uso de falsidade nas provas, ou ainda na transferência a terceiros de mercadorias não desembaraçadas.

Embora pouco contribuindo para o incremento dos cofres públicos do nosso país, vez que a mercadoria que transita em nosso território não integra a riqueza nacional, o Regime Aduaneiro Especial de Trânsito Aduaneiro, engrandece nossas relações na política e no respeito perante o comércio exterior.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **DECRETO nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm>>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI nº 37, de 18 de novembro de 1966**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0037.htm)>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. **LEI nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei5172-1966-codigo-tributario-nacional-ctn.htm>> Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa SRF nº 248, de 25 de novembro de 2002**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15125&visao=anotado>>.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa SRF nº 1.741, de 22 de setembro de 2017**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=86521&visao=relacional>>. Acesso em: 05 out. 2018.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa RFB nº 1.598, de 09 de dezembro de 2015**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=70204#1587887>>. Acesso em: 01 de mai. 2018.

1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIALLO, Alfa Oumar. **Tributação do Comércio Brasileiro e Internacional**. São Paulo: Método, 2001.

FOLLONI, André Parmo. **Tributação sobre o Comércio Exterior**. São Paulo: Dialética, 2005.

LOPES FILHO, Osíres de Azevedo. **Regimes aduaneiros especiais**. São Paulo: RT, 1984.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRA, Liziane Angelotti. **Regimes Aduaneiros Especiais**. São Paulo: IOB, 2002.

MELO, José Eduardo Soares de. **A Importação no Direito Tributário: Impostos, Taxas, Contribuições**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOSA, Roosevelt Baldomir. **A Aduana e o Comércio Exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1996.

SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995.

**Como citar:** BOTELHO, Glacy Odete Rachid. CAMPOS, Sinara de Freitas Elias. Responsabilidade do transportador por infrações no transporte aduaneiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 1, p. 186-203, mar. 2020. DOI 10.5433/21788189.2020v24n1p186. ISSN 2178-8189.

Recebido em: 18/03/2019

Aprovado em: 24/11/2019

## RESENHAS|REVIEWS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty**. London: Profile Books Ltd., 2013. P. 45 a 70.

## CHAPTER 3. THE MAKING OF PROSPERITY AND POVERTY

**RESUMO:** A presente resenha tem por objetivo sintetizar os ideais desenvolvidos pelos autores Daron Acemoglu e James A. Robinson no “Capítulo 3” do livro estrangeiro *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. A obra possui quinze capítulos que se interconectam pela problemática central, cuja principal pergunta se destaca do título: “Por que as nações fracassam?”. O capítulo abordado na resenha é responsável justamente por identificar as causas geradoras das desigualdades entre os países desenvolvidos e os países não desenvolvidos ou em desenvolvimento. **PALAVRAS-CHAVE:** Assimetrias globais; Desenvolvimento; Globalização.

**ABSTRACT:** The purpose of this review is to synthesize the ideals developed by the authors Daron Acemoglu and James A. Robinson in Chapter 3 of the book *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. The work has fifteen chapters that are interconnected by the central problematic, whose main question stands out from the title: “Why do nations fail?”. The chapter addressed in the review is responsible for precisely identifying the causes of inequalities between developed and developing countries.

**KEY-WORDS:** Global asymmetries; Development; Globalization.

O livro em inglês “*Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*” dos autores Daron Acemoglu, do *Massachusetts Institute of Technology*, e James A. Robinson, da *University of Chicago*, tem como tema central as assimetrias globais que separam os países desenvolvidos daqueles em desenvolvimento ou não desenvolvidos.

A análise crítica é realizada sob as perspectivas econômica, política e jurídica. Sendo que o objetivo da obra é ampliar a possibilidade de, além de entender as causas das desigualdades, propiciar um ambiente de boas ideias para melhorar a qualidade de vida das pessoas que vivem nos países em desenvolvimento ou não desenvolvidos.

Especificamente no “Capítulo 3”, foco da presente resenha, os autores destacam que as principais causas geradoras de disparidades entre os países desenvolvidos e os demais que não obtém sucesso no desenvolvimento são: a) políticas econômicas; b) regras jurídicas de regulação da sociedade; c) acesso a educação de qualidade; d) desenvolvimento tecnológico.

Para retratar teoricamente as distinções entre os países desenvolvidos e não desenvolvidos ou em desenvolvimento, identificam-se nestes países duas categorias de instituições: as instituições e as instituições extrativas. As primeiras são aquelas que permitem e encorajam a participação da população nas atividades que movimentam a economia, por outro lado, as segundas propiciam, apenas, benefício para uma parcela específica da população, via de regra, em detrimento da sua maioria.

Nessa linha, extrai-se que os países desenvolvidos, ao se pautarem na teoria das instituições inclusivas, garantem acesso a incentivos financeiros para inovações, para o aumento da

produtividade, para a educação, além de prever regras em seu ordenamento jurídico que asseguram a propriedade privada, os contratos e a segurança jurídica para transações interpessoais.

Já os países que não obtêm êxito no desenvolvimento nacional, em sua maioria, demonstram um ambiente interno limitado para o sujeito com interesse de se desenvolver, pois, prevê alta carga tributária, não garante segurança pública e jurídica, não promove educação de qualidade, tem baixa produtividade e inovação tecnológica. Tais características, por sua vez, garantem boas oportunidades somente para uma elite, que independe do incentivo mínimo estatal, e, que depende dessas condições ruins para continuar explorando a maior parte da população.

Ao explorar especificamente as instituições políticas, os autores as classificam em: instituições pluralistas e instituições absolutistas. As primeiras são indicadas como aquelas que distribuem poder para todos da sociedade, que atendem uma diversidade de grupos, ou seja, não se revestem de ações para indivíduos específicos, motivo pelo qual são consideradas pluralistas, e, conseqüentemente, inclusivas. As segundas, por outro lado, conduzem a política a fim de aumentar o poder de uma elite determinada, as expensas da maioria da sociedade, fator que gera impedimento para o desenvolvimento homogêneo.

Ainda, como elemento adicional a esta análise das instituições, ao diagnosticar as causas das assimetrias, afirmam que o desenvolvimento econômico é capaz de gerar uma “destruição criativa” (*creative destruction*), emprestando a teoria de Joseph Shumpeter. Ademais, indicam que diante da situação criada pelo ambiente, podem se formar grupos que se colocam contrários aos avanços, que, se detentores do poder, movimentam-se no sentido de bloquear o desenvolvimento, justamente para garantir benefícios próprios, com sentimento egoístico de evitar prejuízos de suas preferências.

Ao final do capítulo, os autores concluem que o desenvolvimento econômico e a prosperidade estão associados às instituições econômicas, políticas e jurídicas inclusivas e pluralistas, sendo que a pobreza e a estagnação são tipicamente observadas em países que são regidos por instituições extrativas e absolutistas.

Pela análise do capítulo em destaque, pode-se concluir que a obra é ilustrativa, baseada em fontes interdisciplinares, e revela as características que diferenciam as instituições que regulam os países desenvolvidos e os países que não obtiveram êxito em se desenvolver. Ao mesmo tempo, indica que as assimetrias globais não decorrem propriamente da ignorância dessas desigualdades, mas sim da condução proposital das instituições para favorecer a manutenção no poder dos garantidores daqueles que apoiam as elites na consolidação do espaço no mundo globalizado.

## RESENHAS|REVIEWS

CARVALHO, Claudio; RODRIGUES, Raoni. **O direito à cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.. Capítulo 3 e 8, pp. 35-75.

**A LUTA DE CLASSES UM PONTO DE PARTIDA PARA SE COMPREENDER A CIDADE  
CONTEMPORÂNEA**

THE CLASS STRUGGLE A STARTING POINT FOR UNDERSTANDING THE CONTEMPORARY CITY

**Juliani Cristina Lima Grochoski<sup>1</sup>**

**Resumo:** Trata-se da visão apresentada por Cláudio Carvalho e Raoni Rodrigues, a respeito do “Direito à Cidade”. Inspirado no livro Henri Lefebvre filósofo e sociólogo francês, escritor do livro “Le droit à la ville”, traduzido para o português como “Direito à Cidade”, o livro trata de das forças convergentes dispostas dentro da cidade que competem para organizar seu traçado, guiar sua gestão especialmente em favor dos respectivos interesses. Trata também da distorção valorativa que a expressão, título do livro tem sofrido, sendo necessário um resgate do sentido real e aos valores fundantes do direito à cidade. Os autores também apontam para cooptação da classe política em favor dos interesses capitalistas, e a necessidade de uma recuperação da força popular, afim de garantir de fato, a gestão democrática da cidade.

**Palavras-chave:** Cidade. Urbanismo. Gestão democrática.

**Abstract:** This is the vision presented by Cláudio Carvalho and Raoni Rodrigues, regarding the “Right to the City”. Inspired by the book Henri Lefebvre French philosopher and sociologist, writer of the book “Le droit à la ville”, translated into Portuguese as “Right to the City”, the book deals with the converging forces disposed within the city that compete to organize its layout, guide its management especially in favor of the respective interests. It also deals with the valuation distortion that the expression, title of the book has suffered, being necessary a rescue of the real meaning and the founding values of the right to the city. The authors also point to the cooptation of the political class in favor of capitalist interests, and the need for a recovery of popular strength, in order to guarantee in fact the democratic management of the city.

**Keywords:** City. Urbanism. Democratic management.

Durante muitos anos, as cidades se desenvolveram formando uma espécie de “tecido” de relações entre seus habitantes. Muitos serviços e produtos são demandados para o desenvolvimento e manutenção de uma cidade, isso tudo demanda organização. Essa organização acaba se centralizado no papel do Estado. (p. 35)

Hoje, o Estado também acaba sendo um mediador das forças existentes dentro do município.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em direito pela Universidade Estadual de Maringá. Bolsista CAPES.

Dentre essas forças existe a força do capital, empresas que visam estritamente o lucro e tentam manobrar a cidade segundo seus interesses, e que se opõe a massa de trabalhadores. (p. 36). Ou seja, o Estado precisa mediar o desenvolvimento, os direitos dos trabalhadores e dos demais moradores. Ocorre que, muitas vezes a classe política é cooptada pelos interesses capitalistas. (p.36)

“Enquanto as políticas públicas se tornam cada vez mais elitistas, a grande maioria dos bens de consumo coletivos é relegada a segundo plano, já que, comumente, eles não geram lucro privado: Daí nasce a crise urbana [...], da impossibilidade do sistema em produzir aqueles serviços cuja necessidade ele suscitou.” Op. cit. (PACHUKANIS, São Paulo: E. V. Teoria marxista do direito. Tradução Sílvio Donizete Chagas, Acadêmica, 1988. p. 30). (p.36)

Para o autor “O caos e a degradação das nossas cidades não são decorrentes de um planejamento malfeito, mas sim representam uma vitória dos grupos que procuram extrair benefícios através da espoliação dos territórios urbanos.” (p.37). Muitos desses grupos usam o “Direito à Cidade” como fundamento para legitimar seus interesses. Nesse sentido, é importante pensar “De que direito à cidade estamos tratando?”

O autor cita Porksen, autor alemão, que retrata como palavras da “moda” podem ter vários sentidos, sendo que, podem se encaixar em ideologias que não se referem ao sentido original da palavra, segundo o autor “O direito à cidade” é uma dessas expressões. (p.38)

Para o mesmo, devido a essa cooptação de direitos importantes são usados como cosméticos, campanhas ambientais e de desenvolvimento por exemplo. Contudo, pouco se sente de efetividade desses direitos na realidade cotidiana da cidade. (p.40)

Sendo que esse direito tem “adquirido matizes neoliberais” se fazendo necessário um resgate das características essenciais do Direito à Cidade. Que são: a universalidade, a indivisibilidade, a integralidade, a interdependência, a inalienabilidade e a progressividade.

“Universalidade: os benefícios do desenvolvimento urbano devem ser, distribuídos a todas as pessoas; indivisibilidade: o Direito à Cidade não pode ser fracionado, dividido; integralidade: todos os direitos ligados à dignificação da vida urbana são igualmente importantes, não devendo ser hierarquizados; interdependência: todos os direitos que decorrem do Direito à Cidade são extremamente coesos e a satisfação de um depende do cumprimento de todos os outros; inalienáveis: é a qualidade de não poder ser perdido ou de não ser passível de qualquer tipo de negociação; Progressividade: refere-se aos esforços de tornar a cidade cada vez mais pertencente a todos os seus habitantes, através de uma radical democratização do acesso aos bens urbanos. A gestão urbana, baseada em um real Direito à Cidade, deverá se compromissar com a concretização e disseminação urgente dos direitos econômicos, sociais e culturais, revertendo o quadro de segregação socioespacial que marca a maioria das cidades”. (p.41)

Também é essencial um retorno aos “princípios do direito à cidade”, que devem orientar a criação e aplicação da lei, assim como a elaboração de políticas urbanas. Fundado em uma série de documentos históricos sobre o tema, o autor faz um resumo dos principais princípios que são: (p. 42)

1- Autodeterminação: os caminhos da cidade devem ser traçados democraticamente; 2-2-Igualdade,

os benefícios devem ser divididos de maneira justa; 3-Participação: Democratização das dicções urbanas; 4- Não Discriminação; 5- Transparência na gestão; f) Corresponsabilidade dos atores da urbanização; 7- Atenção prioritária às pessoas em situação de vulnerabilidade social. (p. 42-44)

Adiante, o autor retrata os desafios de uma nova política, que segundo o mesmo são três:

1ºEnfraquecimento político do cidadão moderno: Em grandes centros, devido à grande quantidade de pessoas, os laços de proximidade se tornam mais frágeis, e as pessoas mais individualistas. Sensação de impotência das próprias ações para mudar a realidade acaba reduzindo o interesse político. (p.58)As audiências públicas tem a intenção de melhorar essa interação política, contudo

o que se nota é que cada pequeno grupo acaba defendendo seus próprios interesses. (p.60);

2ºEvolução urbana no Brasil: Um dos principais problemas apontados é a falta de um planejamento comum, que pode ser motivo de problemas já cristalizados, como a desigualdade social dentro das cidades. No Brasil as antigas ocupações, e cidades se deram praticamente sem planejamento, o que contribuiu para muitos dos problemas hoje vividos. (p.65); 3ºA política na cidade global:

A globalização e o capital, também influenciam em questões políticas e isso acaba também, por refletir na estrutura das cidades. (p.66-67)

Por fim, o autor ressalta o desejo de que o manifesto do direito a cidade seja mais que um estudo teórico, sendo colocado em pratica, fazendo com que valores como a inclusão democrática sejam seguido de fato. Ressalta também, o fato do capital ter superado até mesmo a própria política. Termina o livro com um dilema, como fica a situação das pessoas nessas cidades em que o planejamento é todo voltado ao capital, como a lógica política pode se sobressair a isso?

## INSTRUÇÕES AOS AUTORES INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

### SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

**1. Procedimentos para aceitação dos artigos:** Os artigos enviados devem ser inéditos, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.
- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;
- b. aceitação com alterações;
- c. recusa integral.

**1.1. Línguas:** Serão aceitos trabalhos redigidos em inglês ou preferencialmente em português. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

**1.2.** As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

**2. Tipos de colaborações aceitas pela revista:** serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

**2.1. Artigos Científicos (mínimo de 15 laudas e preferencialmente máximo de 25 laudas):** apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; Abstract; Key words; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

• **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

**Observação importante:** Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

**2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).**

**3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:**

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação,

coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

#### 4. Forma de apresentação dos artigos:

**4.1.** A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Arial, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

**4.2.** A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

**4.2.1.** Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico;
- **Abstract e Keywords**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Keywords**, compatíveis com as palavras-chave.

**4.2.2.** Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.
- As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – Informação e Documentação – Citações em documentos – Apresentação/ ago. 2002), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos et al. (1977) encontram...  
... posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).  
... sem que essa prestação de serviços ...” (HONRUBIA et al., 1996, p. 224).  
Segundo Canotilho (2000 apud ARAUJO, 2001, p. 82),...  
– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.  
– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).  
– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão et al. Exemplo: Barcellos et al. (1997).  
– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.
- As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

**Observação importante:** siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura.

Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

#### **4.2.3. Referências** (NBR 6023 – Informação e Documentação - Referências - Elaboração / ago. 2002)

Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

### **5. Direitos autorais:**

#### **5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:**

Os direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista SCIENTIA IURIS. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

#### **5.2. Reprodução parcial de outras publicações:**

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomendase evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

### **DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL**

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

#### **O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados**

**na área de direito (ex: academia.edu; emporiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.**

### **POLÍTICA DE PRIVACIDADE**

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.