

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 221

Brasília | janeiro – março/2019

Ano 56

SENADO FEDERAL





Brasília | ano 56 | nº 221
janeiro/março – 2019

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2019 – 2020

Senador Davi Alcolumbre

PRESIDENTE

Senador Antonio Anastasia

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Lasier Martins

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Sérgio Petecão

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Eduardo Gomes

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Flávio Bolsonaro

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Luis Carlos Heinze

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Marcos do Val

Senador Weverton

Senador Jaques Wagner

Senadora Leila Barros



MISSÃO

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

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Gláucia Cruz. REVISÃO DE ORIGINAIS: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Gláucia Cruz, Marcus Aurélio Oliveira e Rejane Campos. CAPA: Angelina Almeida. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal. – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 1964-.

Trimestral.

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

ISSN 0034-835x (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 08, Mezanino, Setor 011
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados.

CONSELHO

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

PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Uninter, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Wuhan University, Wuhan, Hubei, China / Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebelo Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Paula Oliveira Avila, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Karam Trindade, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Centro Universitário Metodista IPA, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benedito Cerezo Pereira Filho, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Cândia Lisboa Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Daniel Araújo Valença, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad-Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Érika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto

Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Dalla Libera Damacena, Ambrósio e Dalla Libera Advogados Associados, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gabriel Saad Kik Buschinelli, IBMEC, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Geisa de Assis Rodrigues, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Geziela lensue, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, MS, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Nacif de Faria, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Hertha Urquiza Baracho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Iranice Gonçalves Muniz, Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dra. Jacqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliana Sant'Ana Bento, Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Karoline Lins Câmara Marinho de Souza, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leilane Serratine Grubba, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lidia Patricia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Livia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentiis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Wachowicz, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Maren Guimarães Taborda, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Marilisa Miranda de

Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Michael César Silva, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dr. Mônica Duarte, Faculdade de Direito AVANTIS, Itapema, SC, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Universidade Santa Cecília, Santos, SP, Brasil / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto Botelho, Escola Paulista de Direito, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Luis Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Dr. Rodrigo Vieira Costa, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Rosângela Marina Luft, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Rogério Monteiro de Oliveira, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Tayara Talita Lemos, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vanessa Spinosa, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Virginia Colares Soares Figueirêdo Alves, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

André Saddy é doutor europeu em Problemas Actuales de Derecho Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales em España, Madri, Espanha; pós-doutor pelo Centre for Socio-legal Studies da Faculty of Law da

University of Oxford, Oxford, Reino Unido; mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor da graduação e do mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; consultor jurídico no Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Cássio Luís Casagrande é doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, PR, Brasil; professor do curso de graduação em Direito e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; procurador do Ministério Público do Trabalho, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Cirilo Augusto Vargas é graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestrando em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; defensor público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Danilo Gomes de Melo é mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor de Direito Processual Civil da Faculdade Integrada de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; advogado. / Efigênio de Freitas Júnior é mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduado em Direito pela Faculdade Cenequista de Varginha, Varginha, MG, Brasil; graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da pós-graduação em Direito Tributário do Centro Universitário de Sete Lagoas, Sete Lagoas, MG, Brasil; auditor da Receita Federal, Sete Lagoas, MG, Brasil. / Fernando Gonzaga Jayme é doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; diretor e professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Igor Mendes Bueno é graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; advogado em Santa Maria, RS, Brasil. / Jerônimo Siqueira Tybusch é doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; professor em programas de pós-graduação na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; coordenador de planejamento acadêmico e pró-reitor adjunto da pró-reitoria de graduação na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; membro da diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, gestão 2017-2020. / João Pedro Chaves Valladares Pádua é doutor em Estudos da Linguagem pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutorando como *visiting scholar* na Brooklyn Law School, em Nova Iorque, NY, EUA; professor no programa de pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; professor no programa de pós-graduação em Direito Processual Penal da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; advogado no Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Jônatas Henriques Barreira é mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil. / Leonardo Ferreira Pillon é graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; advogado em Santa Maria, RS, Brasil. / Marcelo de Castro Cunha Filho é mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil; doutorando em Sociologia Jurídica pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; bolsista de doutorado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, SP, Brasil. / Marciano Seabra de Godói é doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madrid, Madrid, Espanha, com o título homologado/reconhecido pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduado em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da graduação e da pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu* na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor, com bolsa da CAPES, pela Universidade Autónoma de Madrid, Madrid, Espanha. / Márcio Ricardo Staffen é doutor em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia, Perugia, Itália; doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil; estágio de pós-doutorado em Direito Transnacional na Università degli Studi di Perugia, Perugia, Itália; coordenador e professor no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito na Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil; *visiting researcher* no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemanha; professor honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Veja, Bellavista, Peru; advogado. / Natalia de Melo Lacerda é graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestrando em Direito na Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; procuradora-chefe da Procuradoria Federal Especializada da Agência Nacional de Águas em Brasília, DF, Brasil. / Paulo de Sena Martins é doutor em Educação pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; consultor legislativo da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil. / Renata Christiana Vieira Maia é doutora em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestra em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil; professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Sergio Torres Teixeira é doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor de Teoria do Processo da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor de Teoria

do Processo da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, Recife, PE, Brasil. / Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves é doutora em Linguística pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; pós-doutora em Direito pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil.

Sumário

- 13 **Da decisão-surpresa no Processo Civil**
Fernando Gonzaga Jayme
Renata Christiana Vieira Maia
Cirilo Augusto Vargas
- 37 ***Bitcoin***
Uma tentativa de construção da confiança por meio da tecnologia
Marcelo de Castro Cunha Filho
- 61 **Transgenia, sociedade de risco e direito do consumidor à informação**
Uma análise do PL nº 4.148/2008
Jerônimo Siqueira Tybusch
Igor Mendes Bueno
Leonardo Ferreira Pillon
- 87 **Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais**
Contribuições da interface entre direito e análise do discurso
João Pedro Chaves Valladares Pádua
- 111 **A emergência dos programas públicos de integridade como instrumento de**
prevenção de cartéis em licitação
Natalia de Melo Lacerda
- 131 **Responsabilidade por parecer jurídico**
Foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios
André Saddy
- 151 **Guerra fiscal no imposto sobre serviços e improbidade administrativa**
O caso do Município de Belo Horizonte
Marciano Seabra de Godoi
Efigênio de Freitas Júnior
- 169 **Legislar por indicadores**
A iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores
transnacionais
Márcio Ricardo Staffen

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

195 Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática

Sergio Torres Teixeira

Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves

Danilo Gomes de Melo

223 O direito à educação na Carta Cidadã

Paulo de Sena Martins

247 O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF

Cássio Luís Casagrande

Jônatas Henriques Barreira

Da decisão-surpresa no Processo Civil

FERNANDO GONZAGA JAYME
RENATA CHRISTIANA VIEIRA MAIA
CIRILO AUGUSTO VARGAS

Resumo: O trabalho tem como objetivo a investigação sobre a decisão-surpresa no Processo Civil, prática vedada pelo Código de Processo Civil. O conceito tradicional de contraditório, associado à bilateralidade de audiência, é insuficiente para representar a garantia constitucional em toda a sua extensão. A dialética processual traduz o poder de que as partes são investidas, na condição de protagonistas, a fim de influenciar o provimento jurisdicional. Logo, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a inovação judiciária no ato de decidir a respeito de questão fática, normativa ou jurisprudencial. Com base nessa premissa, será analisada a juridicidade das hipóteses em que a proibição da decisão-surpresa é relativizada, assim como situações em que a vedação gera dificuldades do ponto de vista prático.

Palavras-chave: Devido processo legal. Princípio do contraditório. Poder de influência sobre o provimento. Vedação da decisão-surpresa. Inovação decisória ilegítima.

Of the surprise decision in the civil procedure

Abstract: The purpose of the paper is to investigate the surprise decision in Civil Procedure, a practice forbidden by the CPC. The traditional concept of contradictory, associated with the bilaterality of audience, is insufficient to represent the constitutional guarantee in all its extension. The procedural dialectic translates the power of which the parties are invested, as protagonists, in order to influence the jurisdictional provision. Therefore, it is not compatible with the Democratic State of Right the judicial innovation in the decision-making, whether on a factual, normative or jurisprudential question. From this premise will be analyzed the legality of the hypotheses in which the prohibition of the surprise decision is relativized, as well as

Recebido em 10/9/18
Aprovado em 7/12/18

situations in which the fence generates difficulties from the practical standpoint.

Keywords: Due process of law. Principle of adversary. Power of influence over the provision. Fence of the surprise decision. Illegitimate innovation in decision-making.

Introdução

Há várias décadas as democracias consolidadas têm revelado a preocupação de assegurar constitucionalmente garantias processuais fundamentais, viabilizando a concretização de um núcleo duro de proteção dos indivíduos contra o arbítrio. No século XX, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, diversos instrumentos normativos supranacionais de proteção de direitos humanos fizeram menção à cláusula do processo justo, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (art. 10), da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1953 (art. 6º) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 8º) (UNITED NATIONS, 1948; COUNCIL OF EUROPE, [1950]; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). Constituem alicerces do *fair trial* os princípios do contraditório e da ampla defesa, além da fundamentação (jurídica e racional) das decisões jurisdicionais.

O processo civil constitui procedimento dialeticamente organizado, cujos participantes atuam em posição simétrica. Ele tem “estrutura dialéctica ou polémica, pois que assume a natureza de um debate ou discussão entre as partes” (PORTUGAL, 2000). Logo, são “traves mestras do processo o princípio do contraditório e o da igualdade das partes (igualdade de armas)” (PORTUGAL, 2000). De acordo com Pinto (2016, p. 84), “a justiça da decisão pressupõe a justiça do procedimento”, pois, se o provimento for resultante de violação a direito fundamental, “o ato de poder jurisdicional, ao invés de meio de tutela, se torna instrumento de risco para a coletividade”.

A chamada “decisão-surpresa” ou “decisão da terceira via” (terminologia utilizada pela doutrina italiana) é baseada em fundamento fático ou de direito que não tenha sido previamente considerado pelas partes. O provimento é fruto de inovação jurisdicional, destoante da tese e da antítese processual. Há, nesse caso, nulidade decorrente da violação do contraditório, “ainda que a solução obtida possa ser a que mais

se adéque a uma correcta e atinada decisão do litígio” (PORTUGAL, 2016).

O legislador brasileiro atentou para a ideia de que o exercício do contraditório é vinculado ao dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais. Esse liame fica evidente no disposto no art. 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2017b]). Optou-se por tornar defeso o ato de decidir, em qualquer grau de jurisdição, “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.¹

Tudo indica que a vedação à sentença de terceira via é uma tendência mundial incontornável e o Brasil promoveu tardia regulamentação infraconstitucional da matéria. Na elaboração deste trabalho, constatou-se que ao menos Itália (CPC, art. 101, 2) (ITALIA, 2018), França (CPC, art. 16) (FRANCE, 2018), Alemanha (ZPO, § 139) (DEUTSCHLAND, 1950), Portugal (CPC, art. 3º, 3) (PORTUGAL, [2013]), Cabo Verde (CPC, art. 3º, 3), Angola (CPC, art. 3º, 3), Macau (CPC, art. 8º, 2) (MACAU, 1999) e Áustria (ZPO, § 182º) (ÖSTERREICH, [2018]) já solidificaram, no âmbito normativo, a referida cláusula proibitiva.

A Alemanha, por exemplo, cuja lei processual civil (*Zivilprozessordnung* ou ZPO) é de 1879, firmou na reforma processual de 1977 (§ 278, III) que o “O Juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória” (OLIVEIRA, 1993, p. 37). Na versão atual da norma (2005), a proibição da decisão-surpresa impede a inovação jurisdicional em matéria *fática e de direito* (THEODORO JÚNIOR; NUNES, 2009, p. 131). Câmara (2017, p. 104) alude às lições dos alemães Rolf Bender e Christoph Strecker, juristas que há várias décadas já ponderavam que “[o] assim chamado julgamento surpresa é um câncer na administração do Direito, desde que ele mina a confiança daqueles que procuram por justiça no Direito”.

Revela-se de suma importância pesquisar sobre a decisão-surpresa porque no Brasil os estudos levados a cabo sobre o tema são relativa-

¹O contraditório é, assim, integrado pelos seguintes elementos: a) direito das partes à ciência, informação e participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática ou formal); b) prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão dinâmica ou material); c) direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, em correlação com o dever do órgão jurisdicional de efetivamente apreciar todas as questões deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento (dimensão participativa, na qual a motivação decisória é elemento do contraditório) (JAYME; FRANCO, 2014, p. 346-347).

mente novos e estão longe de exaurir as inúmeras nuances práticas derivadas da aplicação do art. 10. Logo, as dúvidas superam em muito as certezas. Ademais, deve-se ter sempre em mente que o poder político estatal, institucionalizado sob a forma de três diferentes atividades ou funções (legislativa, administrativa e judiciária), submete-se a uma questão essencial: o problema da organização. Ela é alcançada mediante o controle do seu exercício coercitivo por aqueles que são submetidos às decisões estatais, “o que se faz impossível sem crescente representatividade, informação e participação” (PASSOS, 1999, p. 55).

1 Superação do contraditório “estático-formal” e o liame entre a cooperação e a dialética processual

É premissa fundamental para estudo da decisão de terceira via a constatação da insuficiência da noção de contraditório como “princípio da audiência bilateral” (resumido ao binômio ciência/reação), comumente abordado sob a perspectiva “estática” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 69) de que “ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se” (SANTOS, 1967, p. 387). Segundo Freitas (1996, p. 96-97), tal garantia se concretiza

mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo.

Longe de ser exercício de retórica, compreender o contraditório como poder de influência revela que, no caso concreto, se a parte tiver condições de apresentar defesa, mas for impedida de provar sua argumentação, ao cabo ela terá bilateralidade de audiência, sem, contudo, ter capacidade de influir no resultado da demanda. O “quase contraditório” ou “contraditório parcial” corresponde, na realidade, à negação completa da prerrogativa.

Dada sua condição de componente essencial do devido processo legal, o contraditório traduz-se em direito humano indissociável da atividade judiciária. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]), visando ao gozo real da tutela jurisdicional, prescreve o princípio da inafastabilidade da jurisdição e é enfática ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Há a reprodução, no campo interno, da garantia prescrita pelo art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos².

Na Europa, a partir do julgamento pela Corte Europeia de Direitos Humanos do caso *Ruiz-Mateos v. Espanha* (COUNCIL OF EUROPE, 1993), em 23/6/1993, firmou-se jurisprudência, baseando-se no art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos³,

² Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, p. [4], tradução nossa).

³ Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 6º, 1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido

segundo a qual o direito a um processo equitativo inclui o direito a um processo contraditório. Posteriormente, o Tribunal de Estrasburgo aplicou o mesmo entendimento em *McMichael v. Reino Unido* (1995), *Vermeulen v. Bélgica* (1996), *Lobo Machado v. Portugal* (1996), *Kress v. França* (2001), *Milatová e outros v. República Checa* (2005) e *Gaspari v. Eslovênia* (2009) (COUNCIL OF EUROPE, 2018, p. 57).

Na jurisprudência norte-americana é pacífica a vinculação do contraditório com a garantia do *due process of law*, com base na interpretação da 5ª e da 14ª Emendas à Constituição (UNITED STATES, 2007). Colhe-se na Suprema Corte precedente formado no início do século XX (*Roller v. Holly* 176 U.S. 398, de 1900) (UNITED STATES, 1900), no qual se decidiu que “um homem tenha direito a algum aviso antes que ele possa ser privado de sua liberdade ou propriedade é um axioma da lei para o qual nenhuma citação de autoridade daria peso adicional” (MALLET, 2014, p. 391). De fato, no que concerne à dinâmica da litigância civil nos Estados Unidos,

além da apresentação do pedido perante a Corte, o requerente deve formalmente apresentá-lo ao reclamado, embora este possa renunciar à formalidade. Uma citação também deve ser apresentada ao reclamado para que este receba notificação formal de um processo que exige a sua resposta formal com relação ao pedido formalizado. A regra 4 das regras de processo civil apresenta orientações para os procedimentos de citação e petição. A orientação geral é que o procedimento deve dar ciência razoável para possibilitar ao reclamado

pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela” (COUNCIL OF EUROPE, [1950], p. 9, tradução nossa).

tomar conhecimento de um processo existente contra ele (FINE, 2011, p. 100-101).

Em 2004 o Supremo Tribunal Federal (STF) deu importante passo no reconhecimento da extensão da garantia, após julgamento do MS nº 24.268/MG (BRASIL, 2004). Àquela altura, o ministro Gilmar Mendes ponderou, com amparo na doutrina alemã, sobre a feição ampliada do princípio do contraditório, com base na leitura da CRFB, que envolve “não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar” (BRASIL, 2004, p. 169).

Estabelecido o carácter tridimensional do contraditório, ficou fora de dúvida sua estreita ligação com outro princípio incorporado ao CPC: a cooperação processual.⁴ Prescreve o art. 6º que todos “os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, [2017b]). O dever de cooperação deve ser observado por cada um dos “intervenientes processuais em relação aos outros e deve ser exigida pelo juiz em relação a todos, a começar por si próprio” (PORTUGAL, 2015).

O postulado atribui ao juiz o dever de, em qualquer altura do processo, ouvir as partes e convidá-las a fornecer os esclarecimentos que se afigurem pertinentes (dever de informação, faceta do contraditório⁵, vislumbrando-se, portanto, a natureza constitucional do princí-

⁴ O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) já havia reconhecido em 2007 que o princípio da cooperação é “corolário lógico do princípio do contraditório” (MINAS GERAIS, 2007).

⁵ Não há aqui uma novidade. Há mais de três décadas, Moreira (1984, p. 65) já ponderava sobre a necessidade de permitir às partes “influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível [...] uma colaboração prestada no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los”.

pio da cooperação). Por essa razão o CPC de Macau, ao regulamentar mecanismo voltado para coibir a decisão-surpresa, o fez sob a rubrica do princípio da cooperação, no art. 8º, 2:

O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência (MACAU, 1999).

Os sujeitos processuais são, portanto, interdependentes. O processo não pode ser concebido, no dizer de Oliveira (1993, p. 32), como “coisa das partes” (modelo privatístico-liberal do século XIX) nem como expressão do puro arbítrio judicial, mas sim como *garantia da sociedade* (RIBEIRO; SCALABRIN, 2009, p. 64). Em outras palavras, não há espaço para atuação do juiz como expectador inerte do combate, atitude esperada em um modelo adversarial puro. Na hipótese de o magistrado vislumbrar a necessidade de fundamentar a decisão com base em fato (ou norma) não submetido ao contraditório, deve provocar o debate com as partes (NUNES, 2012, p. 226), incidência do dever de consulta, oriundo do princípio da cooperação. Resumindo,

o espírito da nova construção processual civil assenta-se na ideia de direção ativa do processo realizada pelo juiz, no sentido de “ser exigível o cuidado de não se deixar ‘funcionalizar’, ou seja, de não tramitar, sem juízo crítico, o processo de acordo com a estrutura e marcha regra definidas abstratamente na lei” (PORTUGAL, 2015).

Não paira dúvida de que a dinâmica desencadeada pelo contraditório material demandará aumento do encargo judicial na direção dos processos. Observa Consolo (2009, p. 58) que o fracasso em conceder um espaço argumentativo-defensivo adequado às partes (resultante da omissão judicial em promover o debate tempestivo acerca da matéria de conhecimento oficioso) implica a recuperação necessária da dialética processual somente *a posteriori* (mediante decretação de nulidade do provimento). Portanto, a violação do contraditório conduz a uma regressão do procedimento cuja consequência direta é a morosidade. Para ele a obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com os litigantes servirá como uma *certificação do grau de preparo do órgão jurisdicional*⁶ e encorajará um exame imediato e exato dos termos do processo.

⁶ Consolo (2009, p. 58) utiliza a expressão *specchietto tornasole*, que pode ser traduzida, em linguagem coloquial, como “prova dos nove”, ou seja, a confirmação segura de um determinado fato.

Saliente-se que a consulta prévia provocada pelo juiz não pode confundir-se com uma atitude de paternalismo frente às partes, como se fosse correto pressupor hipossuficiência jurídica dos litigantes e houvesse espaço para o exercício de individualidade carismática do magistrado, dando azo ao que François Géný chamou de “o fenômeno Magnaud” (GONÇALVES, 1992, p. 45). Afirma Gonçalves (1992, p. 45-46) que o juiz francês Magnaud, responsável por presidir o tribunal de primeira instância de Château-Thierry entre 1889 e 1904, tornou-se célebre pelas suas decisões. Ele queria ser “o bom juiz favorável aos miseráveis e severo com os privilegiados. Não se preocupava com a lei, nem com a jurisprudência, nem com a doutrina, e se comportava como se fosse a reencarnação do direito” (PERELMAN, 1979, p. 71-72 apud GONÇALVES, 1992, p. 46).

2 A regra do art. 10 do CPC constitui inovação do sistema processual brasileiro?

Do ponto de vista normativo, a lei que regula a execução fiscal (Lei nº 6.830/1980) (BRASIL, [2014a]), em dispositivo inserido em 2004 (art. 40, § 4º), determina que o juiz só pode reconhecer e decretar a prescrição intercorrente depois de ouvida a Fazenda Pública. A despeito de representar uma benesse processual exclusiva do Estado, a regra despontou como indicador de que a decisão sobre matéria de conhecimento oficioso seja franqueada à parte interessada a fim de que ela possa manifestar-se antes da elaboração do provimento.

Sob a perspectiva da jurisprudência, o voto do ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do MS nº 24.268/MG, abor-

dou em 2004 o direito de informação como aspecto do contraditório tridimensional, em inequívoca menção ao debate prévio provocado pelo juiz, associado ao princípio da cooperação.

Com base em tais premissas, conclui-se que a proibição da decisão-surpresa já poderia ter sido concretizada mediante interpretação do princípio constitucional do contraditório (absolutamente louvável, a despeito da inclusão da regra do art. 10). Como salientou a Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do CPC (BRASIL, 2010, p. 23), “é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais”. O art. 10 traduz-se, pois, em *regulamentação de prerrogativa constitucional*, e não em inovação do sistema.

3 A cláusula geral proibitiva da decisão de terceira via e a sua relativização pelo próprio CPC

O art. 10 do CPC é cláusula geral protetiva do contraditório porque há reprodução, em diversos pontos do Código, da regra segundo a qual a decisão jurisdicional deve sempre ser resultado da dialética efetivamente estabelecida entre as partes litigantes. Na hipótese de ocorrer distribuição dinâmica do ônus da prova, por exemplo, deve-se franquear à parte afetada a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, § 1º); o juiz, depois de ouvidas as partes, poderá reconhecer a prescrição intercorrente e extinguir o processo (art. 921, § 5º); e, se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que

devam ser consideradas no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem (art. 933).⁷

Ao estipular um rol de precedentes (aparentemente) vinculantes (art. 927), o CPC consignou expressamente que os juízes e os tribunais “observarão” o disposto no art. 10 quando decidirem com fundamento em alguma modalidade de precedente referida no citado dispositivo legal (§ 1º). Não há dúvida, portanto, de que a jurisprudência (dada sua atual força normativa) constitui fundamento jurídico, ao lado das questões fáticas e das puramente de direito, que pode ensejar a decisão-surpresa.

Atente-se que a vedação de decisões-surpresa não é absoluta. O próprio CPC estabelece situações em que a cláusula sofre relativização. O primeiro dispositivo a ser lembrado é o art. 332, que trata da improcedência liminar do pedido. Nesse caso, a lei não viabiliza à parte autora o exercício de poder de influência anterior à prolação da decisão, mas somente a possibilidade de fiscalização *a posteriori*, por meio do recurso de apelação. Afasta-se o contraditório do postulante, e não do réu. Tal regra já havia sido objeto de crítica formulada por Mitidiero (2007, p. 37) em comentário ao antigo art. 285-A⁸ do Código Buzaid (BRASIL, [2013]).⁹

O art. 487, parágrafo único, também dispõe contrariamente à cláusula de proibição da sentença de terceira via: “Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se” (BRASIL, [2017b]). Faz-se menção à hipótese de improcedência liminar do pedido quando o juiz verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. É difícil vislumbrar razão para a ressalva. Ao contrário do

⁷ Podem ser elencados, a título exemplificativo, diversos dispositivos constantes no CPC que se destinam à preservação do contraditório material: art. 372 (utilização de prova emprestada condicionada à observância do contraditório no processo de origem e no processo de destino); art. 503, § 1º, II (a questão prejudicial tem aptidão para produzir coisa julgada se a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo); art. 1.013, § 1º (ao tratar do efeito devolutivo da apelação, o CPC determina que o tribunal somente poderá apreciar as questões suscitadas e discutidas no processo); art. 1.023, § 2º (ao julgar os embargos de declaração, caso o juiz vislumbre a possibilidade de conceder-lhes efeito infringente, deverá viabilizar o contraditório da parte embargada).

⁸ O antigo art. 285-A foi objeto da ADI nº 3.695 (BRASIL, 2017d) ajuizada em 2006 pelo Conselho Federal da OAB. A ação foi extinta em 2017 pela revogação do CPC de 1973 e pela ausência posterior de pedido de aditamento.

⁹ Atualmente Nery Junior e Nery (2016, p. 988), assim como Mitidiero (2007), também sustentam a inconstitucionalidade do art. 332 do CPC. Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) exarou, por meio da Instrução Normativa (IN) nº 39/2016 (BRASIL, 2016b), entendimento segundo o qual o julgamento de improcedência liminar do pedido *excepciona a regra do art. 10* (BRASIL, 2016b). O tribunal, aparentemente, entende pela constitucionalidade do art. 332. A IN nº 39 é objeto da ADI nº 5.516 (BRASIL, 2016a) ajuizada em 2016 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA).

art. 3º, 3, do CPC português¹⁰, a regra do art. 10 do Código brasileiro não é autorrelativizada. A opção do legislador no art. 487 destoa da sistemática do CPC, sem justificativa para tanto.

Ainda sob o prisma legislativo, deve ser objeto de crítica a disposição contida no art. 1.013, § 3º: “Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito” (BRASIL, [2017b]). O dispositivo permite ao Judiciário proferir decisão “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar” (BRASIL, [2017]), em desrespeito à regra do art. 10. Eis a ponderação de Theodoro Júnior (2014, p. 1.013) sobre o tema:

Ora, se a parte vencida recorre pedindo apenas a anulação ou cassação da sentença que extinguiu o processo sem apreciação do mérito, não nos parece lícito ao tribunal o enfrentamento de questão de mérito que não tenha integrado o pedido do recorrente e, por isso, não tenha passado pelo contraditório da apelação.

A despeito da advertência doutrinária e dos riscos advindos para o devido processo legal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplica a teoria da causa madura com fundamento na economia e na celeridade processuais, sem exigência do contraditório prévio acerca do mérito (BRASIL, 2018d).

O processo não necessita apenas de rapidez e não se legitima a jurisdição-relâmpago sustentada tão somente por índices de produtividade, ante a flagrante ofensa ao poder de influência assegurado pelo contraditório. O mecanismo de prestação jurisdicional é sustentado por eles que asseguram a racionalidade democrática. A tutela do processo “efetua-se pelo império das previsões constitucionais”, tendo como premissa que “a lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição” (BARACHO, 1999, p. 89).

Acrescente-se que, se o que está em xeque é a garantia constitucional da duração razoável do processo, a obediência à regra do art. 10 contribui para melhorar a qualidade das decisões e, nesse sentido, tende a *reduzir a interposição de recursos*, promovendo, ao fim e ao cabo, a celeridade e a efetividade do processo (NUNES, 2012, p. 243).

¹⁰ O CPC português de 2013 traz regra outrora inserida pela reforma de 1995/1996, constante no art. 3º, 3: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, *salvo caso de manifesta desnecessidade*, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (PORTUGAL, [2013], grifo nosso).

4 Análise do art. 10 do CPC com base em recente julgado do STJ: considerações sobre o princípio da autorresponsabilidade das partes

A jurisprudência também tem contribuído para minar a força normativa do disposto no art. 10. Em 2017 o STJ, quando do julgamento do REsp nº 1.280.825/RJ (BRASIL, 2017c), ao apreciar questões inerentes a ação indenizatória (em cujo trâmite pelas instâncias ordinárias não houve divergência ou debate entre as partes acerca do prazo prescricional de três anos referente à pretensão veiculada), decidiu inovar a respeito da norma jurídica incidente no caso concreto (contrariando, inclusive, o posicionamento do próprio Judiciário exarado até então). Entendendo a Corte pela inexistência de norma que definisse prazo prescricional específico, aplicou o prazo decenal, regra geral do art. 205 do Código Civil (CC) (BRASIL, [2018b]). A parte afetada pela decisão do recurso especial sustentou em embargos de declaração:

Ao adotar fundamento jamais cogitado por todos aqueles que, até então, haviam-se debruçado sobre a controvérsia (partes e juízes), sem que sobre ele previamente fossem ouvidas as partes, o Colegiado desconsiderou o princípio da não surpresa (corolário do primado constitucional do contraditório – CF, art. 5º, LV), positivado no artigo 10 do CPC de 2015 (BRASIL, 2017c, p. 4).

Em seu voto consignou a ministra Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2017c, p. 7-9):

O inconformismo dos embargantes reside na aplicação, na fase de julgamento da causa, após o conhecimento do recurso especial, de dispositivo legal que, realmente, não fora invocado pelas partes, a saber, o art. 205 (prescrição decenal), ao invés do art. 206, § 3º, V (prescrição trienal), ambos do Código Civil. Não se pode pretender, todavia, que o órgão jurisdicional deixe de aplicar uma norma ao caso concreto porque as partes, embora tratem do tema, não a invocaram em seu recurso. O tema da prescrição foi amplamente debatido nas instâncias de origem e foi, inclusive, objeto de impugnação por recurso especial. Não se trata, pois, de novidade para as partes, nem ofensa ao chamado princípio da não surpresa.

[...]

Assim, pouco importa que as partes não tenham aventado a incidência do prazo decenal ou mesmo que estivessem de acordo com a incidência do prazo trienal. Houve ampla discussão sobre a prescrição ao longo da demanda e o tema foi objeto de recurso, tendo essa Turma, no julgamento da causa, aplicado o prazo que entendeu correto, à luz

da legislação em vigor, conforme interpretada pela jurisprudência predominante na época para ações de responsabilidade civil por descumprimento contratual.

[...]

Penso que o “fundamento” ao qual se refere o art. 10 é o fundamento jurídico – causa de pedir, circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação, conforme art. 493 do CPC/2015) – não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria).

[...]

Os fatos da causa devem ser submetidos ao contraditório, não o ordenamento jurídico, o qual é de conhecimento presumido não só do juiz (*iura novit curia*), mas de todos os sujeitos ao império da lei, conforme presunção *jure et de jure* (art. 3º da LINDB).

[...]

A aventada exigência de que o juiz submetesse a prévio contraditório das partes não apenas os fundamentos jurídicos, mas também os dispositivos legais (fundamento legal) que vislumbrasse de possível incidência, sucessivamente, em relação aos pressupostos processuais, condições da ação, prejudiciais de mérito e ao próprio mérito, inclusive pedidos sucessivos ou alternativos, entraria o andamento dos processos, conduzindo ao oposto da eficiência e celeridade desejáveis. Seria necessário exame prévio da causa pelo juiz, para que imaginasse todos os possíveis dispositivos legais em tese aplicáveis, cogitados ou não pelas partes, e a prolação de despacho submetendo artigos de lei – cujo desconhecimento não pode ser alegado sequer pelos leigos – ao contraditório, sob pena de a lei vigente não poder ser aplicada aos fatos objeto de debate na causa.

O problema suscitado é dos mais interessantes a envolver a proibição da decisão de terceira via, pois a inovação jurisdicional, nesse caso, é exclusivamente normativa. E também não pode ser considerada secundária, já que a decisão baseada no prazo prescricional decenal alterou completamente o desfecho do caso.

Frise-se que o art. 10 coíbe a decisão-surpresa baseada em fundamento jurídico não sujeito ao contraditório (o legislador não fez distinção acerca da natureza jurídica da inovação no *decisum*). Além disso, é importantíssimo estabelecer uma premissa acerca da amplitude do debate processual que se busca preservar. Não parece que a CRFB, quando protege o contraditório, o faz em relação ao debate hipotético travado no curso do procedimento. Em outras palavras, o direito a ser invocado pelo magistrado como razão de decidir só pode ser o direito *efetivamente debatido* (MALLETT, 2014, p. 394). Se o debate não ocorreu, ele deve ser provocado.

Raciocínio contrário esvazia o conteúdo da garantia constitucional e exige um improvável exercício de *futurologia* das partes acerca do entendimento judicial do que vem a ser o “melhor” ou “mais verdadeiro” direito. Eis a razão pela qual se reputa absurda a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, especialmente no ponto em que prescreve que

não se considera “decisão surpresa” a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário (BRASIL, 2016b, p. [4]).

O STJ, ao invocar o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), restringiu a eficácia do art. 10, valendo-se do que Buoncristiani (2010, p. 401) chamou de *princípio da autorresponsabilidade das partes*. Para o professor da Universidade de Pisa,

mesmo antes de examinar a amplitude do termo “matéria de conhecimento oficioso” e, portanto, em que podem consistir as observações exigidas das partes, cabe salientar imediatamente o fato de que, pelo menos em termos gerais, não pode mais ser invocado o princípio da autorresponsabilidade para justificar a não provocação do contraditório pelo juiz. Foi argumentado que a questão de conhecimento oficioso não era secreta, já que poderia ser deduzida dos atos do julgamento ou pertenceria ao conhecimento comum do órgão jurisdicional e das partes. Portanto, se a parte não aproveitar a oportunidade para discutir a questão, deve arcar com as consequências do seu ato. Todavia, mesmo o silêncio é o resultado de uma escolha defensiva legítima. O respeito ao princípio do contraditório exige que cada parte tenha a oportunidade de se defender adequadamente (BUONCRISTIANI, 2010, p. 401, tradução nossa).

O princípio da autorresponsabilidade foi invocado pelo STJ em razão da interpretação equivocada do velhíssimo brocardo segundo a qual “o juiz conhece o direito”. A concepção tradicional (e ultrapassada) do *iura novit curia* induz à conclusão de que existe uma divisão estanque entre o papel das partes e o do órgão jurisdicional: aos litigantes caberia dar ao magistrado conhecimento sobre os fatos relevantes para o deslinde da causa. Em contrapartida, ficaria reservada ao juiz a tarefa de “dizer o direito”.

Todavia, conforme ressaltado, a independência entre os sujeitos processuais não se coaduna com o princípio da cooperação (aliás, ela inviabiliza a concretização da chamada “comunidade de trabalho” no âmbito jurisdicional). São elucidativas as ponderações formuladas por

Baur (1976) acerca daquele adágio jurídico. Após indagar se o “juiz tem o monopólio da aplicação do direito”, respondeu o jurista alemão:

É necessário que nos liberemos de uma concepção que remonta, provavelmente, à época do absolutismo esclarecido, do século XVIII, nos seus últimos anos, segundo a qual incumbe ao Tribunal exercer uma espécie de tutela, a fim de contribuir para a salvação das partes. Em processo civil o Tribunal deve resolver o litígio que as partes lhe tenham submetido, nem mais, nem menos. Onde as partes não estejam em contenda, inexistente lugar para uma decisão do juiz, mesmo que o Tribunal creia melhor ou mais interessante conhecer de pontos litigiosos, não trazidos a juízo, pelas partes. É, com base em tal condição, exclusivamente, que é possível estabelecer limites, razoavelmente, à responsabilidade do Tribunal. Ela não se estende senão ao domínio daquilo que as partes tenham submetido à decisão do juiz. Mesmo limitado assim, a responsabilidade do juiz subsiste. [...] A dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito: desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes (BAUR, 1976, p. 177).

O contraditório “dinâmico” pôs fim à máxima do *iura novit curia*. O juiz não tem legitimidade para continuar a ser o detentor da única e derradeira palavra sobre os fundamentos normativos para acolhimento ou rejeição do pedido formulado. O CPC tornou superado o entendimento de que o direito não debatido é bastante para constituir-se razão de decidir. O que se almeja é uma evolução da jurisprudência para ampliar o espectro do contraditório para reconhecer a essencialidade da efetiva participação em qualquer situação processual.¹¹

Encerrando esse tópico, vale pontuar que o STJ tem flexibilizado o disposto no art. 40, § 4º, da lei nº 6.830/1980 (BRASIL, [2014a]), para manter as decisões que decretam a prescrição intercorrente sem oitiva prévia da Fazenda Pública quando esta, no recurso interposto contra a sentença de extinção do feito, “não demonstra o prejuízo suportado”.

A utilização da máxima segundo a qual não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*) demonstra clara tendência pretoriana de relativizar a proibição da decisão-surpresa mediante emprego da instrumentalidade das formas, visando à análise *in concreto* da violação do contraditório, e não à sua constatação em tese.

¹¹ São descabidos, ante o raciocínio exposto neste item, os enunciados nºs 2 e 3 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), de 2015, com as seguintes redações: “Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015 o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio” (nº 2); “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa” (nº 3) (ENUNCIADOS..., [2015], p. 1).

5 Outras questões polêmicas sobre a proibição da decisão-surpresa

5.1 Aplicabilidade do art. 10 do CPC ao Processo Penal

Uma das hipóteses concretas de decisão-surpresa no Processo Civil coibidas pelo CPC é a da sentença que julga o pedido com base em questão não debatida nos autos, apenas levantada em sede de memoriais por uma das partes (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Como estender tal efeito do contraditório “dinâmico” ao Processo Penal, uma vez que é da sua essência que a defesa se manifeste sempre em último lugar, sob pena de afronta à isonomia?¹² Não causa estranheza, por exemplo, que o acusado sustente nas alegações finais as teses defensivas que reputar oportunas, independentemente de o MP não ter condições de refutá-las antes da sentença. Segundo jurisprudência consolidada do STJ, “o pleno exercício do contraditório assegura à defesa o uso da palavra por último, no caso de realização de sustentação oral” (BRASIL, 2008, p. [1]). Em outras palavras, a reação e a capacidade argumentativa do Estado são sempre mitigadas no Processo Penal.

Com base nesse raciocínio, seria possível sustentar que em regra a garantia da não surpresa é um benefício exclusivo do acusado, salvo em hipóteses teratológicas, como no uso do chamado “saber privado” pelo juiz, por meio do qual ele forma seu convencimento com base em elemento de prova obtido fora dos autos, sem franquear às partes a chance de manifestação a seu respeito. Nesse caso, não é difícil vislumbrar prejuízo argumentativo para

a acusação, desde que se entenda que o direito constitucional ao contraditório se estende ao Ministério Público, assim como ao réu. Então, é oportuno indagar: em prol de quem está modelado o sistema de garantias processuais penais previsto na CRFB? Do Estado ou do acusado?

O direito à ampla defesa no Processo Penal está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³ e a CRFB assegura ao *acusado* “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV) (BRASIL, [2017a]). Lopes Júnior (2012, p. 1.134) é enfático ao pontuar que “O sistema de garantias constitucionais está a serviço do imputado e da defesa, não da acusação”. E mais:

Somente a compreensão dessa estrutura permite atingir a consciência de que o sistema de invalidades processuais se funda na tutela do interesse processual do imputado. Toda a teoria dos atos defeituosos tem, como objetivo nuclear, assegurar o devido processo penal para o imputado. O exercício da pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), como direito potestativo, deve ser limitado e não garantido. O poder deve ser limitado e legitimado pela estrita observância das regras do processo. [...] Não se trata de discurso de impunidade ou de “coitadismo”, como algum reducionista de plantão poderá dizer, senão de uma complexa estrutura de poder onde, para punir, deve-se garantir (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 1.134).

É questionável a viabilidade de assegurar um direito humano de primeira geração (garantia constitucional *limitadora do arbítrio*) a um ente estatal despidido de persona-

¹² À exceção do pronunciamento da Procuradoria de Justiça em 2ª instância – art. 610 do CPP – de duvidosa constitucionalidade (BRASIL, [2018a]).

¹³ Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11, 1: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas” (UNITED NATIONS, 1948, tradução nossa).

lidade (órgão) e incumbido de zelar pelos interesses da coletividade, que litiga em posição de franca superioridade em relação ao processado. Afinal, a própria dinâmica processual penal – ancorada na legalidade estrita e na presunção de inocência – é pensada para equacionar duas posições processuais sabidamente em descompasso, diferentemente do Processo Civil, que lida com partes que, ao menos em tese, atuam em igualdade de condições de exercer poder de influência sobre o *decisum* (a igualdade processual civil, vale lembrar, é *formal*. Há nítida posição de proeminência dos litigantes habituais (*repeat players*) (GALANTER, 1976, p. 937) e diametral inferioridade das pessoas pobres (FISS, 1983-1984, p. 1.076) e sem defesa técnica em juízo (EQUAL..., 2014, p. 2-3)).

5.2 Dever de consulta às partes e morosidade processual crônica

Sustentou-se anteriormente que a cláusula proibitiva da terceira via contribui – ao ensejar o dever de consulta prévio – para melhorar a qualidade das decisões. Nesse sentido, ela funciona como fator de redução do número de recursos, diminuindo a morosidade do trâmite processual. Sob esse ângulo de análise, o art. 10 do CPC pode contribuir muitíssimo para assegurar a duração razoável do processo.

Veja-se a situação sob o prisma oposto. Não é possível desconsiderar o número colossal de processos atualmente represados, devido sobretudo à má funcionalidade dos serviços judiciais e ao ineficiente gerenciamento da máquina estatal (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 97).

Imagine-se então que, ao analisar um processo aguardando sentença há mais de ano, o juiz se depara com a necessidade de intimar as partes para se pronunciarem sobre questão até aquele momento não debatida. A busca da preservação do contraditório, nessa hipótese, poderá conduzir ao sacrifício de outra prerrogativa fundamental, justamente a duração razoável do processo. Tal constatação não deve causar repúdio à regra do art. 10 (ou sua flexibilização). Há aqui tão somente um conflito aparente de princípios constitucionais, já que na prática é pela

indiferença dos agentes judiciários aos prazos (impróprios) e ditames das leis procedimentais que se criam as conhecidas “etapas mortas” (tempo em que o processo “dorme” nos escaninhos dos cartórios, secretarias e gabinetes), causa imediata da longa e triste duração inadmissível dos feitos judiciais (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 99).

Uma falha não pode justificar outra mais grave. A ineficiência da máquina judiciária não pode levar o Estado a violar o contraditório. Tornar-se-ia cíclica e insolúvel a má gestão do interesse público. Não é

o princípio da cooperação capaz, por si só, de solucionar o problema da morosidade crônica e, muito menos, o responsável por ela. A proibição da decisão-surpresa é apenas um componente no incremento da qualidade da prestação jurisdicional. Reitera-se a lição de Consolo (2009, p. 58) de que a obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com os litigantes servirá como certificação do seu grau de preparo e encorajará o exame exato dos termos do processo.

De mais a mais, o princípio da duração processual razoável não é absoluto (assim como não são os demais princípios). Segundo Rosito (2008 apud THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 102), “o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça, outorgando-se o direito material a quem efetivamente o tem, sem deixar de respeitar o contraditório”.

5.3 Adequação do art. 10 ao rito do mandado de segurança

Não se poderia deixar de abordar aqui, em breves linhas, a possibilidade de realização do debate prévio pelo juiz no rito do mandado de segurança. Sabe-se que tal ação civil se caracteriza por somente admitir prova literal pré-constituída, não comportando a “dilação probatória incidental, pois a noção de direito líquido e certo ajusta-se ao conceito de fato incontroverso e suscetível de comprovação imediata e inequívoca” (BRASIL, 2014b, p. [2]).

A norma que rege o *mandamus* (Lei nº 12.016/2009) (BRASIL, [2018c]) determina a notificação da autoridade coatora do conteúdo da petição inicial para, no prazo de dez dias, prestar as informações (art. 7º, I). Sejam ou não as informações consideradas, a rigor, peça de defesa, é evidente que sua apresentação consubstancia exercício do contraditório e da ampla defesa. Logo, existindo contraditório no rito do mandado de segurança, poderia ser aventada a tese de que, dadas as limitações trazidas pelo procedimento, não haveria espaço para a consulta prévia às partes, de forma a coibir a decisão-surpresa. Não se pensa assim. Em primeiro lugar, conforme sustentado anteriormente, não há contraditório parcial. Ele existe por completo ou não. Em segundo lugar, o fator tempo não parece ser empecilho ao bom julgamento do *writ*. Já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região que

é do rito mandamental que ao juízo é dado o poder de requisitar as informações necessárias ao julgamento do “*mandamus*” tantas vezes quanto se fizerem necessárias à busca da verdade real dos fatos sob a guarda e responsabilidade da Administração, que tem o dever de ofício de prestá-las sob pena do cometimento de infração criminal inclusive (BRASIL, 1999).

O diálogo do juiz com os litigantes não desnatura o rito do mandado de segurança. Nesse entendimento se baseia o Enunciado nº 235 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplicam-se ao procedimento do mandado de segurança os artigos 7º, 9º e 10 do CPC” (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA; RODRIGUES; LAMY, 2017, p. 36). Prevalece a advertência de Câmara (2017, p. 104) de que decisões-surpresa podem ser evitadas “apenas se o dever de esclarecimento do tribunal é decisivamente expandido e institucionalizado em todo estágio do procedimento”.

Conclusão

Há muito a ser discutido e maturado a respeito da decisão *della terza via*. O que foi exposto nos estreitos limites deste trabalho, sem pretensão de exaurimento da matéria, pode ser resumido nas seguintes assertivas:

1) Para compreender o defeito processual representado pela terceira via, é preciso superar a concepção restritiva de contraditório (informação/reação), reconhecendo-o como poder de participar ativamente na elaboração do provimento jurisdicional;

2) A tardia adoção pelo CPC (se comparada com outras nações) da teoria do contraditório “dinâmico” ou material traduz regulamentação de princípios fundamentais previstos na CRFB. Nesse sentido, ela não inova o sistema processual brasileiro;

3) O art. 10 do CPC (cláusula geral de proibição da decisão-surpresa) expandiu a responsabilidade do magistrado na tarefa de condução processual e de elaboração das decisões. A obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com as partes certifica o grau de preparo do órgão jurisdicional e encoraja exame detido dos termos do processo;

4) Há no próprio CPC dispositivos de duvidosa constitucionalidade – a exemplo da improcedência liminar do pedido (art. 332) – que excepcionam a cláusula protetiva do art. 10, diminuindo o alcance do princípio do contraditório;

5) Quanto maior for o respeito pelo contraditório ao longo das etapas do procedimento, maior será a qualidade das decisões. O aumento da qualidade decisória reduz a chance de decretação posterior de nulidade e retrocesso do procedimento. Há, conseqüentemente, impacto positivo na duração razoável do processo;

6) O princípio da cooperação deriva do contraditório (direito de informação sobre o objeto do processo); logo, tem fonte constitucional;

7) A despeito do silêncio normativo, o fundamento que enseja a inovação jurisdicional (“terceira via”) pode ser fático, estritamente normativo ou jurisprudencial, tomando-se como base o sistema de precedentes consolidado pelo CPC (art. 927);

8) A CRFB, ao fazer referência ao contraditório, alude ao debate efetivamente ocorrido, e não ao hipoteticamente travado entre as partes. Consequentemente, o juiz não tem como constatar a irrelevância da manifestação dos litigantes *a priori*, ou seja, antes do debate;

9) O contraditório “dinâmico” levou à superação do adágio *iura novit curia*. O juiz carece de legitimidade para ser o detentor da única e derradeira palavra sobre os fundamentos normativos para acolhimento ou rejeição da pretensão;

10) Invocar o princípio da autorresponsabilidade das partes com base na ficção jurídica de que todos devem conhecer a lei viola o contraditório porque impõe aos litigantes o ônus intransponível de prever qual o “melhor direito” a ser empregado, sob a óptica do órgão julgador;

11) Considerando-se as peculiaridades do sistema processual penal, a proibição da decisão-surpresa é, em regra, uma garantia inerente ao acusado, e não ao Ministério Público, que deve manifestar-se por último no feito;

12) Percebe-se na jurisprudência brasileira a tendência de relativizar a proibição da decisão-surpresa mediante o emprego da instrumentalidade das formas, visando à análise *in concreto* da violação do contraditório, e não à sua constatação em tese;

13) A morosidade processual crônica, causada pela gestão ineficiente da máquina judiciária, não pode justificar a mitigação do contraditório, como se a dialética fosse responsável pela crise da justiça brasileira.

Sobre os autores

Fernando Gonzaga Jayme é doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; diretor e professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: fjaymeadv@uol.com.br

Renata Christiana Vieira Maia é doutora em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestra em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil; professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.
E-mail: renatacvmaia@hotmail.com

Cirilo Augusto Vargas é graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestrando em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; defensor público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: cirilo.vargas@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; VARGAS, Cirilo Augusto. Da decisão-surpresa no Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 13-36, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/tril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p13

(APA)

Jayme, F. G., Maia, R. C. V., & Vargas, C. A. (2019). Da decisão-surpresa no Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 13-36. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/tril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p13

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 89-154, 1999.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “*iura novit curia*”. Trad. de Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 169-177, jul./set. 1976.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 21 dez. 2018.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de processo civil*. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.042.172/SP*. Administrativo e processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Fertilização *in vitro*. Doação de óvulos. Alegada ilegitimidade ativa. Falta de impugnação, no recurso especial, de fundamento do acórdão combatido [...]. Agravante: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Agravado: Adriana Aparecida da Silva Lucas; Raimundo Gomes de Souza; Amanda Aurea da Silva Lucas. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 21 de março de 2018d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1691778&num_registro=201700055502&data=20180327&formato=PDF. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1.280.825/RJ*. Embargos de declaração. Omissão. Obscuridade. Contradição. Inexistência. Princípio da não surpresa. Ausência de ofensa. Efeitos modificativos. Uso de embargos declaratórios para conformação a julgamento em repetitivo [...]. Embargante: Clube de Investimento dos Empregados da Vale – INVESTVALE. Embargado: Francisco Valadares Póvoa; Associação Aposentados Pensionistas Empregados Ativos e Ex Empregados da Companhia Vale do Rio Doce suas Empreiteiras Controladas e Coligadas – APEVALE. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 27 de junho de 2017c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1616656&num_registro=201101903977&data=20170801&formato=PDF. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial nº 966.462/RJ*. Processual Penal. Recurso especial. Alegada violação ao art. 619 do CPP. Inocorrência. Apelação interposta pela defesa. Sustentação oral. Inversão da ordem cronológica. Súmula 284 do pretório excelso e súmula 07 desta Corte [...]. Recorrente: Maria José da Silva Amaral – Assistente do Ministério Público; Edson Oliveira do Amaral – Assistente do Ministério Público. Recorrido: Marcelo de Sá Conrado; Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Felix Fischer, 7 de agosto de 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=803319&num_registro=200701563116&data=20081110&formato=PDF. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.695/DF*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de maio de 2017d. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3695%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/amhgg46>. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.516/DF*. Requerente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA. Interessado: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de maio de 2016a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977107>. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.193/DF*. Embargos de declaração – inconstitucionalidade de contradição, obscuridade ou omissão – pretendido reexame da causa – caráter infringente – inadmissibilidade – a terra indígena como “*res extra commercium*” [...]. Embargante: Aldo Pedreschi. Embargada: União. Relator: Min. Celso de Mello, 16 de dezembro de 2014b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7797879>. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança nº 24.268-0/MG*. Mandado de segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988 [...]. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União; Gerente de Recursos Humanos da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda – Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (1. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1998.01.00.090220-8/MG*. Processual civil e administrativo – mandado de segurança – cabimento de requisição de informações complementares – descabimento de recurso – seguimento negado – agravo regimental desprovido [...]. Agravante: Fundação Universidade do Amazonas – UFAM. Agravado: Miguel Antônio Lopes Guimarães *et al.* Relator: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, 23 de fevereiro de 1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>. Acesso em: 26 dez. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução nº 203, de 15 de março de 2016*. Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2016b. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 26 dez. 2018.

BUONCRISTIANI, Dino. Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno LXV, n. 2, p. 399-415, mar./apr. 2010.

CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. 2017. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CamaraAA_1.pdf. Acesso em: 26 dez. 2018.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 218, p. 65-79, abr. 2013.

CONSOLO, Claudio. *Codice di procedura civile commentato: la riforma del 2009*. Milano: Ipsoa, 2009.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, [1950]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. European Court of Human Rights (Plenary). *Case of Ruiz-Mateos v. Spain*: application No. 12952/87. 23 June 1993. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57838>. Acesso em: 28 dez. 2018.

_____. European Court of Human Rights. *Guide on article 6 of the European Convention on Human Rights: right to a fair trial (civil limb)*. [Strasbourg]: Council of Europe, 2018. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf. Acesso em: 28 dez. 2018.

DEUTSCHLAND. *Zivilprozessordnung*. [Berlin: s. n.], 1950. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; RODRIGUES, Luíza; LAMY, Eduardo (coord.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Florianópolis: [s. n.], 2017. Disponível em: <http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

ENUNCIADOS aprovados. In: SEMINÁRIO – O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, [2015, Brasília, DF]. *Anais* [...]. [Brasília, DF]: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, [2015]. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

EQUAL access to justice: ensuring meaningful access to counsel in civil cases, including immigration proceedings: response to the seventh to Ninth Periodic Reports of the United States to the Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. [New York: s. n.], 2014. Disponível em: https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/human-rights-institute/files/equal_access_to_justice_-_cerd_shadow_report.pdf. Acesso em: 26 dez. 2018.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução: Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF).

FISS, Owen M. Against settlement. *The Yale Law Journal*, [New Haven, CT], v. 93, p. 1.073-1.091, 1983-1984. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2206&context=fss_papers. Acesso em: 28 dez. 2018.

FRANCE. *Code de procédure civile*: version consolidée au 1 janvier 2018. [Paris]: Legifrance, 2018. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>. Acesso em: 28 dez. 2018.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

GALANTER, Marc. The duty not to deliver legal services. *University of Miami Law Review*, [Coral Gables, FL], v. 30, n. 4, p. 929-951, 1976. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2609&context=umlr>. Acesso em: 28 dez. 2018.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ITALIA. *Codice di procedura civile*: edizione aprile 2018. [Roma: s. n.], 2018. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codicediproceduracivile.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do novo Código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 227, p. 335-359, jan. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal: e sua conformidade constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACAU. *Código de Processo Civil – Art. 1 a 100*. Macau: Governo da Região Administrativa Especial de Macau, 1999. Disponível em: <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprociivpt/codprociiv0001.asp>. Acesso em: 28 dez. 2018.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [São Paulo], v. 109, p. 389-414, jan./dez. 2014. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89239/Rev_2014_12. Acesso em: 28 dez. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (1. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 1.0702.06.284225-8/001*. Procedimentos de jurisdição voluntária – retificação de nome em registro civil de nascimento – improcedência do pedido por ausência de prova inequívoca – ofensa ao princípio da cooperação – nulidade do processo [...]. Apelante: Carlos Antonio Essim *et al.* Relator: Des. Eduardo Andrade, 8 de maio de 2007. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.06.284225-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 28 dez. 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: _____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 18, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Departamento de Derecho Internacional. *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. San José: OEA, 1969. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Acesso em: 27 dez. 2018.

ÖSTERREICH. *Bundesrecht Konsolidiert*: Gesamte Rechtsvorschrift für Zivilprozessordnung, Fassung vom 27.12.2018. [Wien]: Rechtsinformationssystem des Bundes, [2018]. Disponível em: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>. Acesso em: 27 dez. 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PORTUGAL. *Código de processo civil*: texto consolidado pela Direção-Geral da Política de Justiça. [S. l.]: Direção-Geral da Política de Justiça, [2013]. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12. Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (7. Secção). *Revista nº 6.473/03.2TVPRT. PI.SI*. Relator: Min. António da Silva Gonçalves, 19 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/dd3942cdf29dfab780257fb80058a1a9?OpenDocument&Highlight=0,6473>. Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. Tribunal Constitucional (2. Secção). *Acórdão nº 177*. Relator: Cons. Bravo Serra, 22 de março de 2000. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000177.html>. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. Tribunal da Relação de Évora. *Apelação nº 410/12.0 TBACN.EI*. Relator: Des. Silvio Souza, 26 de março de 2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/917e3f7989d2930480257e2900507869?OpenDocument&Highlight=0,410%2F12.0,TBACN.EI>. Acesso em: 27 dez. 2018.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (18. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 70.074.358.979*. Apelação cível. Posse. Bens imóveis. Ação de reintegração de posse. Decisão surpresa. Nulidade da sentença [...]. Apelante: Leonira Vingert. Apelada: Maria Cristina Lucas de Aguiar. Relator: Des. Heleno Tregnago Saraiva, 14 de setembro de 2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074358979&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3AD1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 27 dez. 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 1967. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 46. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 83-98, mar./abr. 2009.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito: RECHTD*, [São Leopoldo], v. 2, n. 1, p. 64-71, jan./jun. 2010. DOI: 10.4013/rechtd.2010.21.07. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776/0>. Acesso em: 27 dez. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 107-142, fev. 2009.

UNITED NATIONS. General Assembly. *Universal Declaration of Human Rights*. [S. l.]: United Nations, 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 27 dez. 2018.

UNITED STATES. Supreme Court. *Roller v. Holly*, 176 U.S. 398. 1900. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/176/398/>. Acesso em: 27 dez. 2018.

_____. *The Constitution of the United States of America: as amended*. Washington, DC: Government Printing Office, 2007. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

Bitcoin

Uma tentativa de construção da confiança por meio da tecnologia

MARCELO DE CASTRO CUNHA FILHO

Resumo: O presente artigo tem por objetivo investigar as condições sociais fornecedoras de confiança ao *bitcoin*. Ao contrário das teorias monetárias contemporâneas, que atribuem papel central às instituições formais de direito como garantidoras da confiança em moedas do tipo fiduciárias, este trabalho enxerga como condicionante da confiança no *bitcoin* a sua imersão em uma rede institucional informal latente no ecossistema virtual e no mundo físico.

Palavras-chave: *Bitcoin*. Confiança. Instituições.

Bitcoin: an attempt to build trust through technology

Abstract: This article aims to investigate the social conditions under which trust in bitcoin may thrive. Contrary to contemporary monetary theories that assign central role to formal legal institutions as guarantors of trust in fiat currencies, this paper investigates how bitcoin's immersion into an informal institutional network latent to the virtual and to the physical world is capable of providing the same property to the cryptocurrency.

Keywords: Bitcoin. Trust. Institutions.

Introdução

Teorias monetárias contemporâneas ressaltam o papel das instituições no processo de consolidação da confiança na moeda. Knapp (2003), por exemplo, é o primeiro pensador contemporâneo a vincular

Recebido em 3/10/18
Aprovado em 20/11/18

o conceito de moeda à figura do Estado. Mais recentemente, Goodhart (1998) reforça esse posicionamento ao demonstrar que moedas fortes estão relacionadas a Estados igualmente fortes do ponto de vista fiscal e também do ponto de vista da afirmação de sua soberania nacional. Não é mera coincidência, diz Goodhart (1998), que praticamente todas as moedas contemporâneas são criaturas dos Estados soberanos, e não de uma zona monetária espontânea (*optimal currency area*) sem qualquer suporte do poder coercitivo estatal.

Keynes (1950) demonstra a mesma relação entre instituições e moeda ao distinguir a moeda estatal da moeda bancária privada e ao afirmar que tanto uma quanto a outra dependem fundamentalmente da credibilidade do Estado ao qual estão vinculadas. No caso específico da moeda bancária privada, o autor coloca que a confiança depende, além disso, da solvabilidade das instituições financeiras que a criam e a colocam em circulação. No Brasil, Cortez (2004) endossa essa mesma visão e sugere um nexo de causalidade entre as constantes crises do padrão monetário brasileiro ocorridas nas décadas de 1980 e 1990 e os vácuos institucionais da época que facilitavam a adoção de políticas monetárias corrosivas à moeda vigente.

Apesar da relação descrita na literatura entre instituições e confiança, é preciso reconhecer que um dos instrumentos tecnológicos atuais, o *bitcoin*, que se apresenta popularmente, pelo menos até o momento, como uma moeda, difunde-se aceleradamente¹ pelo globo a despeito da inexistência de institucionalização formal que lhe atribua regime de direito específico, claro e coerente. Ao contrário disso, vê-se que a nova tecnologia se insere num vácuo regulatório e institucional notável. Em lugar nenhum do mundo, há consenso a respeito do seu *status* jurídico, dos seus efeitos legais sobre as relações sociais cotidianas, da regulação dos negócios que envolvem a criptomoeda, dos instrumentos adequados a conformar seu uso em territórios nacionais e entre Estados. Em outras palavras, não há arranjo institucional específico que até agora tenha dado conta de acomodar a inovação tecnológica

¹ A utilização das criptomoedas na economia cresceu vertiginosamente no ano de 2017 e no início de 2018. Dados extraídos da plataforma *blockchain.info* denotam um significativo ganho de confiança nos ativos por parte do mercado e dos usuários de um modo geral. De acordo com um dos gráficos contidos no *site*, é possível visualizar que, em menos de 10 anos de existência, apenas o *bitcoin* atingiu um volume de transações em dólares superior a 5 bilhões nas principais *exchanges* do mundo. Não bastasse isso, o *bitcoin* impulsionou diversos *players* do mercado a adotarem-no como meio de troca por seus serviços e produtos. Entre as grandes empresas que tomaram a iniciativa, inserem-se *Microsoft*, *Reddit*, *Overstock.com* etc. Além disso, a própria proliferação de *exchanges* nacionais, com a consequente formalização de postos de trabalho, sugere o surgimento de um novo ramo do comércio que aparenta ter-se estabilizado a despeito da ausência de moldura institucional jurídica que lhe atribua direitos e deveres específicos.

nas economias contemporâneas sem promessa de insegurança e instabilidade.

Entusiastas das criptomoedas, vulgarmente conhecidos como *bitcoiners*, sugerem que a confiança nos ativos virtuais, e no *bitcoin* mais especificamente, deriva fundamentalmente do arranjo tecnológico que lhes possibilita escapar da conformação institucional da moeda convencionalmente adotada por Estados, bancos centrais e instituições financeiras de um modo geral. Alegam tecnoentusiastas da área que é exatamente devido ao desempenho falível das instituições oficiais e reguladas que moedas nacionais observam historicamente repetidas crises de confiança. Segundo a ideologia que sustenta essa visão, os mesmos mecanismos que denotam ganho de confiança nas moedas nacionais são também os responsáveis por permitirem que elas sejam manipuladas ao sabor das paixões políticas momentâneas e sofram, com isso, depreciação e perda de credibilidade.

Em que pese a força do argumento, este trabalho o contradiz por uma razão particular. É possível observar que tanto a configuração da rede do *bitcoin* quanto o modo por meio do qual a criptomoeda é incorporada às atividades sociais do dia a dia sugerem que a confiabilidade e, conseqüentemente, a escalabilidade do criptoativo estão diretamente relacionadas à densificação de uma rede institucional, se bem que informal, latente nos negócios envolvendo a criptomoeda. Karlstrøm (2014) chama essa rede de materialidades institucionais e aponta que, embora as criptomoedas estejam inseridas num vácuo regulatório aparente, elas não se encontram totalmente desamparadas por instituições. O conceito de instituições ao qual Karlstrøm (2014) se refere não alude apenas a instituições jurídicas formais propriamente. Por instituições, Karlstrøm (2014) se refere a redes formais e

informais, acordos ditos e não ditos que conformam igualmente comportamentos e ações em âmbito social e econômico.

Partindo da concepção institucionalista de Karlstrøm (2014), assim como da classificação proposta pelo autor, este artigo apresenta como problema de pesquisa a seguinte indagação: como, mais especificamente, as formas institucionais descritas pelo autor são capazes de reforçar ou diminuir a confiança nos ativos? Por meio de extensa coleta de dados na internet, na literatura especializada e em notícias jornalísticas acerca da estrutura da rede do *bitcoin*, de sua governança e do modo como a criptomoeda se incorpora ao cotidiano popular, pretende-se resolver o problema proposto. Ao final da coleta de dados e da análise dos resultados, conclui-se que, apesar da aparente contradição entre *bitcoin* e instituições, a criptomoeda é ainda fortemente dependente das formas institucionais informais cotidianas para despertar a confiança do público em geral.

Por razões didáticas, divide-se o presente trabalho em mais três seções, além desta introdução. Na seção 1, será descrita a ideologia construída ao redor da criptomoeda e conhecido o principal argumento de sustentação da confiança no ativo por meio de sua arquitetura tecnológica. Na seção 2, será feito um breve excuro sobre o papel das instituições como deflagradores de confiança. Na 3, será apresentada a coleta de dados sobre a tecnologia do *bitcoin*, sistematizada de acordo com a classificação adotada por Karlstrøm (2014). Por fim, atesta-se que, se não pelos mecanismos convencionais de regulação jurídica, pelo menos por meio dos mecanismos informais e simbólicos de conformação de comportamentos, a confiança na criptomoeda encontra sustentação ou, simetricamente, motivo de declínio.

1 *Trust-free bitcoin* – a ideologia construída em torno da criptomoeda

No ano de 2008, pouco tempo após o irrompimento da crise financeira dos Estados Unidos, foi anunciada, em um fórum de discussão da internet, a concepção de uma moeda virtual, denominada *bitcoin*, cuja mais destacada propriedade consiste no fato de ela circular de maneira inteiramente *peer-to-peer*². Ao contrário de uma moeda eletrônica³, que somente pode ser transferida por meio da intermediação de uma autoridade central que a emite, o *bitcoin* é transferido diretamente de usuário a usuário sem ter de passar pelos procedimentos internos e pela fiscalização de qualquer instituição. No lugar de um terceiro intermediário que operacionaliza as trocas de valor, a criptomoeda é transmitida por meio de um protocolo criptográfico que obedece a regras matemáticas pré-programadas.

Seu modo de funcionamento não intermediado ensinou o entendimento de que, em virtude da eliminação do terceiro da cadeia de transferência de valor e da inserção, em seu lugar, de um procedimento tecnológico semiautomatizado, surgia uma moeda que excluía do seu modelo de governança todo e qualquer tipo de interferência política externa à sua lógica de funcionamento. A transferência do controle e da gestão da moeda do âmbito de uma instituição organizada social e juridicamente para o âmbito de um processo matematicamente controlado representou, em última análise, uma estratégia de se insular a moeda do campo da política e do direito mais especificamente. Por conta desse entendimento, associado ao reconhecimento de um processo gradativo de perda de credibilidade pelo qual passam a política e as instituições de direito no mundo de um modo geral⁴, divulgou-se amplamente

²De acordo com Twomey (2013, p. 88), o termo *peer-to-peer* se refere tecnicamente ao processo segundo o qual “the internet-based currencies are exchanged on software in which data is transferred from one peer to another and where each workstation has equivalent capabilities and responsibilities”.

³O conceito de moeda eletrônica no Brasil é fornecido pela Lei Nacional de Pagamentos (Lei nº 12.865/2013) (BRASIL, [2013]) e nada tem a ver com o conceito de moeda virtual. A moeda eletrônica, de acordo com a Lei, consiste em “recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”. Por força da redação do artigo, moeda eletrônica é denominada exclusivamente em unidade de conta nacional. No caso do Brasil, o Real. Moedas virtuais, por outro lado, são todo o tipo de recursos digitais não denominados em unidade de conta nacional, assim como o *bitcoin*. Por falta de legislação específica, moedas virtuais não são consideradas método de pagamento no Brasil.

⁴Pesquisas conduzidas pelo Pew Research Center em 2017 demonstram que o nível de confiança que a população mundial deposita nos governos de seus respectivos países decresceu consideravelmente nos últimos anos. O gráfico disponível no *site* da referida instituição (PUBLIC..., 2017) revela a queda de confiança no governo americano por parte dos cidadãos do país de mais de 50% desde a década de 1950. Outro gráfico disponível também na página da Pew Research Center demonstra que países com menor

na mídia a criação de uma moeda cujas propriedades inspirariam a confiança que moedas administradas por uma autoridade central não conseguem inspirar. Tratava-se de uma moeda tão confiável que, paradoxalmente, eliminaria a necessidade de ser ela mesma objeto de confiança⁵.

No cerne desse pensamento, escondia-se a ideia de que a moeda convencional tem seu modo de funcionamento e governança determinados por instituições falíveis, como bancos centrais e governos, os quais podem, ao comando da política, inflacioná-la, deflacioná-la, confiscá-la, retirá-la de circulação etc., ao passo que o sistema *bitcoin* teria delegado a gestão da criptomoeda⁶ a máquinas incapazes de alterar as regras do protocolo segundo as quais ela é emitida e transacionada (ATZORI, 2015, p. 2). Ao contrário do que representa a administração da moeda conduzida por seres humanos, a gestão monetária conduzida por meio da infalibilidade matemática teria o condão de subtrair a circulação da moeda e o seu funcionamento do “mal” que historicamente os colocou em descrédito e os fez padecer da desconfiança generalizada, a saber, a política (DODD, 2017, p. 3).

A viabilidade do projeto anunciado deveu-se ao desenvolvimento de uma tecnologia subjacente ao *bitcoin* que, uma vez aplicada à circulação de um *token* virtual, daria materialidade à ideia da moeda desnacionalizada, despolitizada, despartidarizada (DE FILIPPI; LOVELUCK, 2016, p. 3). Trata-se da já referida *blockchain*, que, à semelhança de um livro-razão digital, equivale essencialmente a um banco de dados, cuja função precípua consiste em registrar a origem e a movimentação de cada unidade ou fração de *bitcoin* (SWAN, 2015, p. 2). Diferentemente, porém, de um arquivo de registro usual, a *blockchain* não é manipulada por uma autoridade central em que se confia (*trusted third party*). Sua atualização é exercida por meio do trabalho técnico computacional de servidores distribuídos, também chamados de mineradores, que têm poderes de ingerência limitados sobre a tecnologia em virtude do modo de funcionamento matematicamente controlado de acordo com o qual ela funciona (SWAN, 2015).

crescimento do PIB nos últimos anos, como Brasil, Argentina, Espanha, França e México, apresentam menores taxas de confiança no governo e na política (WIKE; SIMMONS; STOKES; FETTEROLF, 2017).

⁵Mais acertado seria referi-la por meio do termo em inglês *trust-free*, por falta de tradução mais precisa.

⁶Uma definição mais precisa de criptomoeda pode ser encontrada no seguinte fragmento: “*bitcoin* and *bitcoin*-like currencies should be defined in legislation as ‘internet-based currencies that are not issued by a legal entity and are not confined to a specific virtual world’. Specific virtual world ‘relates to situations where video games use a system whereby you can use in-game credits to buy extra content exclusively within the game’”(TWOMEY, 2013, p. 88).

Por meio do registro desintermediado e semiautomatizado de cada unidade ou fração de *bitcoin* foi possível à rede criar um mecanismo de verificação e de controle das criptomoedas de modo a reduzir tendencialmente a zero a possibilidade de qualquer agente, seja ele um servidor ou não, criar, duplicar⁷, excluir, confiscar, redirecionar os valores com supostas características monetárias (SWAN, 2015). Por essa razão, a *blockchain* serve à rede *bitcoin* mais como uma ferramenta de contagem das criptomoedas e de transcrição do histórico de transações. Para além disso, a tecnologia age como um mecanismo de segurança do sistema e, indiretamente, de manutenção da confiabilidade nos ativos. O modelo de funcionamento da *blockchain*, baseado em criptografia de rede distribuída, representou a novidade do sistema de registro digital e o que o distinguiu de iniciativas similares antecessoras.

Apesar de toda a sofisticação técnica e garantia de segurança do sistema, Vigna e Casey (2015, p. 155) apontam que uma única hipótese ameaçaria a integridade e a configuração original de uma rede distribuída como a do *bitcoin*. Conhecida na literatura como ataque dos 51%, a possibilidade de risco se concretizaria quando pelo menos 51% da capacidade de processamento computacional global do

sistema⁸ fosse atingida por um único servidor central ou, então, por diversos servidores associados, e fosse direcionada contra a rede com a finalidade de nela provocar alguma alteração. Nesse caso, em que a capacidade de processamento computacional reunida suplantasse o patamar de 51%, a possibilidade de modificação estrutural da rede de acordo com uma nova configuração do sistema (VIGNA; CASEY, 2015, p. 151) estaria probabilisticamente dada. Como, no entanto, a possibilidade de se somar tamanho esforço computacional é improvável em virtude do alto poder agregado que o sistema reúne em face da atuação de mais de 10.000 servidores⁹ de mineração espalhados pelo mundo, admite-se, então, a mínima chance de adulteração da rede.

Tendo reunido, portanto, as características mencionadas, em especial o recurso à criptografia de rede e a arquitetura de rede distribuída, o *bitcoin* deu origem não apenas a um mecanismo de segurança do sistema resistente a fraude e a ataques *hackers*, mas, para além disso, sua arquitetura distribuída foi responsável pela criação de um sistema que prescinde da coordenação de uma autoridade central cuja função consiste na atividade de validação e de autenticação das transações. Por conta da atuação de mineradores independentes, esse trabalho é desempenhado de forma distribuída, sem vínculo com nenhum Estado, empresa ou associação. Por essa razão particularmente, o sistema *bitcoin* alimentou, de acordo com

⁷De acordo com Swan (2015, p. 2), um dos maiores problemas resolvidos pela *blockchain* foi o dilema do duplo-gasto. Até o advento da *blockchain*, não era possível transferir valor por meio virtual sem que uma autoridade central em quem se confia (*trusted third party*) tivesse de registrar cada transação como forma de controle da escassez dos ativos. Esse fenômeno decorria da natureza dispersível dos bens na internet. O dinheiro, assim como qualquer ativo virtual, podia ser infinitamente multiplicado. A única forma de controlar sua escassez passava necessariamente pelo controle de um intermediário responsável por verificar cada transação. O poder de gestão sobre o registro dado ao centralizador não impedia, no entanto, ingerências arbitrárias de sua parte na dinâmica de circulação dos ativos. Com a *blockchain*, todavia, o controle “desinteressado” tornou-se possível na medida em que a tecnologia substituiu o papel da autoridade central por protocolos criptográficos que não comportam desvio.

⁸Por capacidade de processamento global do sistema, entende-se grosseiramente a força computacional bruta que todos os servidores juntos entregam à rede para a realização do trabalho de manutenção do sistema.

⁹No momento da elaboração deste texto, 10.565 servidores de mineração conectavam-se à rede *bitcoin*. Esse número varia constantemente, tendo em vista que a entrada e a saída de novos servidores são livres e independem de permissão ou burocracia. Informação a cada 24 horas sobre a quantidade de mineradores conectados à rede está disponível em: <https://bitnodes.earn.com>. Acesso em: 5 dez. 2018.

Dodd (2017), duas ideias há muito difundidas na literatura sobre moeda. De um lado, a ideia da instituição do dinheiro desvinculada da atuação e da ingerência das instituições financeiras e, de outro, da intermediação do Estado e da política *lato sensu*.

A desintermediação promovida pela tecnologia levantou a hipótese de uma nova forma de produção do dinheiro não mais calcada no modelo de multiplicação monetária resultante do sistema de reservas fracionárias (DODD, 2017). A constituição de uma rede cuja lógica de funcionamento obedece a regras pré-determinadas teria dado ensejo ao surgimento de um serviço financeiro alternativo ao sistema bancário tradicional e substitutivo da política monetária conduzida indiretamente por bancos comerciais e instituições multiplicadoras de crédito bancário. Ao fixar uma quantidade limite de 21 milhões de unidades não sujeitas à multiplicação, o protocolo da rede teria supostamente possibilitado a emergência de um sistema monetário virtual semelhante ao da moeda lastreada em ouro, cuja quantidade não se encontra sob o poder de manipulação do administrador.

Além disso, a desintermediação teria provocado um efeito ainda mais relevante, segundo Dodd (2017). De acordo com o autor, muito da ideologia que sustenta a escalada do *bitcoin* nos primeiros anos de sua trajetória está intimamente relacionada a esse segundo aspecto especificamente. Parte do apelo que ganhou a criptomoeda se deve ao fato de muitos adeptos terem enxergado na tecnologia um recurso alternativo à utilização da moeda nacional. Diferentemente das unidades monetárias-padrão, que são criadas, sustentadas e administradas pelo Estado por meio de todo um conjunto de regras e de instituições, da política de juros, da política cambial, de reservas compulsórias etc., a estrutura de governança do *bitcoin* é constituída de forma independente e paralela aos mecanismos convencionais de controle da moeda. Isso por si só a preveniria, alegam os tecnoentusiastas em geral (DODD, 2017), de ser manipulada pela conveniência política de governos e autoridades públicas.

Reduzida a condições de operação controladas matematicamente pela engenharia do sistema de servidores distribuídos, que não apenas previne a fraude e a manipulação da rede, mas, além disso, serve como condição técnica de viabilidade de um projeto de transferência de valor *peer-to-peer* em meio virtual, a criptomoeda apresentou-se ao mundo mais do que meramente como um ativo transacionável na internet. Sua estrutura tecnológica deu azo ao entendimento de que um sistema monetário sustentável e emancipado das influências de poder das instituições financeiras e dos Estados nacionais houvera sido criado. Graças ao insulamento da influência política, incluindo a regulação estatal, o

bitcoin seria posteriormente considerado uma moeda cuja governança seria tão transparente e previsível que inspiraria a confiança que autoridades centrais e governos não seriam capazes de prover aos ativos que administram (MCGINNIS; ROCHE, 2017). A eliminação da política do campo monetário e a entrada das máquinas e da matemática em seu lugar teriam criado as condições de possibilidade de uma moeda inteiramente *trust-free*.

2 O papel das instituições como deflagraadoras da confiança

Instituições têm sido concebidas pela literatura como verdadeiras propagadoras de confiança social (PUTNAM, 2000; HARDIN, 1996; WILLIAMSON, 1993; ZUCKER, 1986). Seja qual for a vertente adotada pela pesquisa, reconhece-se o papel das instituições como geradoras de expectativas positivas ou, simetricamente, negativas sobre a conduta de uma pessoa, de um grupo de pessoas ou sobre outras instituições. De acordo com o ramo da economia contemporânea conhecido como Nova Economia Institucional, as instituições funcionam como verdadeiros incentivos à consolidação da confiança, na medida em que elas geram expectativas sociais que agregam em previsibilidade ao agente que calcula custos e benefícios de se engajar em relações econômicas cotidianas (WILLIAMSON, 1993; HARDIN, 1996; GOOD, 1988). Por outro lado, a vertente sociológica que investiga o mesmo fenômeno ressalta que a construção da confiança por meio das instituições se dá porque essas estruturas criam significados sociais mais ou menos homogêneos que vão se incorporando ao dia a dia das pessoas e, com isso, direcionam comportamentos de maneira mais ou menos esperada (ZUCKER, 1986; MÖLLERING, 2006). Por razões metodológicas, este trabalho parte das premissas dessa última vertente para investigar o processo de construção da confiança no *bitcoin*.

Um dos estudos pioneiros sobre a relação entre confiança e instituições é de autoria de Zucker (1986), para quem os níveis de confiança societária em determinados setores da economia podem ser verdadeiramente manipulados a depender da configuração das instituições erigidas para regular as atividades afetadas. Partindo das ideias de Garfinkel sobre confiança, Zucker (1986, p. 6) define o termo como a expectativa dos atores sociais de levarem em consideração as coisas como elas normalmente são (*things as usual*) ou, então, de dar por garantido (*take for granted*) determinado estado de coisas da ordem social. De acordo com Zucker (1986, p. 8), a consolidação dessa disposição comportamental é

composta por duas variáveis sociais. A primeira delas, as expectativas de pano de fundo (*background expectations*); a segunda, as expectativas constitutivas (*constitutive expectations*).

Expectativas de pano de fundo dizem respeito aos entendimentos e aos significados não questionados e compartilhados na sociedade, que fornecem um horizonte comportamental comum a todos os participantes da mesma rede comunitária. Sem o compartilhamento desses significados, explica Zucker (1986), a vida em sociedade seria praticamente impossível já que eles representam uma forma de estruturação social com base na qual os indivíduos constroem sentidos, elegem objetivos, traçam estratégias para suas vidas. Configura expectativa de pano de fundo, por exemplo, a aceitabilidade do dinheiro como meio de troca na economia. Expectativas constitutivas, por outro lado, dizem respeito às regras do contexto e às situações particulares do dia a dia. São, por conta disso, mais sensíveis à variação. Exemplos de expectativas constitutivas são as regras de utilização do dinheiro, do cheque, de ações. Também funcionam como exemplo as regras relacionadas ao comércio, ao consumidor etc.

De acordo com Zucker (1986), quanto mais uma expectativa social, seja ela de que natureza for, se institucionaliza, tanto mais ela se dissemina e penetra no tecido social e, por consequência, tanto mais a confiança aumenta no nível da comunidade. Embora expectativas de pano de fundo sejam mais ou menos institucionalizadas e dadas como certas no cotidiano popular, as expectativas constitutivas podem ser reforçadas à medida que mecanismos de institucionalização artificiais trabalhem para alcançar esse fim. Por institucionalização, Zucker (1986) entende um processo de reconstrução e de autonomização de significados sociais como componentes estruturantes do “mundo externo”, e não mais apenas como convicções pessoais do agente que confia. Nas palavras da autora,

This process of reconstruction has been called institutionalization: the process of redefining acts as exterior when intersubjective understanding causes them to be seen as part of the external world and objective when they are repeatable by others without changing the common understanding of the acts (ZUCKER, 1986, p. 11).

Instrumentos formais de direito como a lei, a regulação ou o contrato representam mecanismos eficazes de criação e disseminação de significados e de expectativas em comum nesse sentido. Não tanto pelo fato de esses instrumentos atuarem como garantidores ou executores (*enforcers*) de um estado de coisas, mas pelo fato de representarem sistemas de regras que constroem significados em comum que definem, por

sua vez, expectativas, papéis sociais e modos de comportamento culturalmente disseminados (MÖLLERING, 2006, p. 360). Contudo, não apenas mecanismos formais de direito são capazes de disseminar significados compartilhados e expectativas em comum. Também a cultura de uma organização, seu método de governança (ainda que não formalizado), acordos informais, relações pessoais, regras sociais, *standards* técnicos, enfim, toda a rede organizacional de um contexto social é capaz de criar condições que fornecem significados compartilhados e expectativas sociais que promovem, como consequência, o aumento de confiança social (MÖLLERING, 2006, p. 362).

Às condições mencionadas, Karlstrøm (2014) chamou de materialidades institucionais e fez perceber que o ecossistema das criptomoedas e, sobretudo, do *bitcoin*, embora carente de instituições formais de direito que lhe deem conformação específica, é fortemente imerso em condições desse tipo. As materialidades institucionais a que se referiu Karlstrøm (2014) dizem respeito a todas aquelas condições do mundo físico, e não do espaço virtual, que funcionam como instrumentos de viabilidade da arquitetura do sistema *bitcoin*, de sua incorporação aos mercados e ao cotidiano popular, e que, por essa razão, criam um sistema cultural repleto de significado e de expectativas em relação ao uso da criptomoeda. Divididas entre materialidades procedimentais, de mercado e sociais, todas as formas concebidas pelo autor prestam-se a descrever, em última análise, a maneira como o *bitcoin* se institucionaliza no espaço físico, se interconecta com a economia e com o mundo ao seu redor e dissemina, por conta disso, expectativas mais ou menos compartilhadas a respeito da tecnologia.

Dedicado a investigar a relação entre essa rede de significado institucionalizada e o au-

mento ou decréscimo da confiança no *bitcoin*, este trabalho faz um levantamento descritivo de cada uma dessas condições e analisa como elas podem concorrer para fornecer um ambiente de confiança ou, simetricamente, de desconfiança ao investimento no *bitcoin*, seja ele formalmente considerado uma moeda ou não. Para a elaboração do relatório descritivo, a pesquisa baseou-se em levantamento de dados na internet, em periódicos especializados e em matérias jornalísticas. Todos os dados, como será visto a seguir, foram sistematizados aproveitando-se a classificação de Karlstrøm (2014), que dividiu, conforme explicado, as referidas condições materiais de produção de significados entre materialidades procedimentais, de mercado e sociais.

3 Imersão institucional do *bitcoin*

3.1 Materialidades procedimentais

A primeira condição material à qual o *bitcoin* se encontra associado diz respeito ao seu suporte técnico, a começar pela função criptográfica empregada pela tecnologia. Sabe-se que o modelo de criptografia adotado, que funciona com base na função algébrica denominada SHA-256, é resultado de anos de pesquisas envolvendo matemática avançada e ciência da computação (KARLSTRØM, 2014). Apesar de a função matemática ter sido aclamada inquebrantável até o momento, o que garantiria ao sistema elevada proteção contra fraude, não se pode excluir a hipótese de falha ainda que tendente a zero. Embora essa possibilidade seja remota hoje em dia, é possível que, com o desenvolvimento da computação quântica, que já começa a se tornar uma realidade possível (GILES; KNIGHT, 2018), a probabilidade de ameaça à função SHA-256 au-

mente para níveis consideráveis (QUANTUM..., 2017). O curso natural do desenvolvimento tecnológico, inclusive, já tornou obsoletos modelos criptográficos anteriores ao do *bitcoin* que foram durante muito tempo considerados indestrutíveis. Muito utilizada por empresas de segurança virtual, a função criptográfica SHA-1, anterior ao modelo sob análise, já foi considerada inviolável do ponto de vista técnico até o início do ano de 2017 quando especialistas em criptografia descobriram uma colisão no sistema que ameaçava sua manutenção como mecanismo de segurança de *sites* e de sistemas virtuais em geral (GOOGLE..., 2017).

Além disso, mesmo desconsiderando a hipótese incerta sobre o futuro do desenvolvimento tecnológico, não seria possível atribuir ao modelo de criptografia utilizado pelo *bitcoin* indestrutibilidade total. Embora não se trate propriamente de uma falha que ameaça a integridade do sistema, Bos, Halderman, Heninger, Moore, Naehring e Wustrow (2014) provaram graficamente a possibilidade de pequenos *bugs* na função adotada que devem ser constantemente reparados por desenvolvedores habilitados a trabalharem sobre o código-fonte do *bitcoin*. Um desses defeitos diz respeito à colisão de senhas de carteiras virtuais¹⁰, fato que inviabilizaria o reconhecimento das aplicações pela rede. Nesse caso, uma vez movimentadas unidades ou frações de *bitcoins* para a carteira contaminada, as criptomoedas se perderiam para sempre visto que dessa carteira não haveria como remeter fundos.

Além dos problemas relacionados à sustentação da criptografia do *bitcoin*, há pelo menos mais um conjunto de fatores externos à rede que dá viabilidade técnica ao sistema. Relacionado à manutenção da *blockchain* especificamente, esse conjunto de fatores diz respeito às materialidades técnicas necessárias para se fazer rodar a engrenagem de autenticação e de registro distribuídos da tecnologia. Como se sabe, a composição da rede é formada por servidores espalhados pelo mundo, os quais não precisam de qualquer permissão para agregar força computacional bruta ao sistema para, com isso, colaborar com o trabalho de sustentação da rede. No entanto, embora a rede seja tecnicamente aberta à participação de qualquer indivíduo ou empresa, é preciso que requisitos materiais específicos sejam satisfeitos.

Em primeiro lugar, o trabalho de mineração requer uma rede de computadores em operação que se comunicam por meio do protocolo *bitcoin*. Em virtude de a atividade obedecer a um procedimento matemático imposto pelo código do *software* cujo grau de dificuldade aumenta com o passar do tempo (NAKAMOTO, 2008), observou-se,

¹⁰ Carteiras virtuais são aplicativos de internet que servem para armazenar criptomoedas.

como decorrência natural, que o poder computacional necessário para a realização da atividade aumentou proporcionalmente. Como consequência, o exercício da atividade de mineração passou a exigir o uso de máquinas cada vez mais potentes e especializadas no serviço (VIGNA; CASEY, 2015). Computadores do tipo *desktop* se tornaram, por essa razão, incapazes de agregar poder computacional suficiente para o trabalho de mineração (GERVAIS; KARAME; CAPKUN; CAPKUN, 2014).

Devido a essa mesma questão, não apenas a capacidade das máquinas teve de aumentar para dar vazão à realização da atividade. Além da adaptação do aparato tecnológico ao desenvolvimento da mineração, o que por si só já funciona como uma restrição à entrada de novos participantes na disputa¹¹, o consumo de energia elétrica necessário ao funcionamento do maquinário também teve de ser ajustado. Máquinas que demandam maior atividade em menor tempo demandam cada vez mais energia elétrica para funcionar (HERN, 2018). Essa característica das máquinas não é apenas incidental. Ela faz parte da própria concepção do projeto *bitcoin*. A adição de energia elétrica para o desenvolvimento da atividade de mineração gera um custo econômico para a produção de uma unidade da criptomoeda, sem o qual o ativo pouco valor teria devido à facilidade da sua extração (VIGNA; CASEY, 2015).

Tendo sido incorporados à sistemática de funcionamento do sistema de modo intencional ou não, tanto a conectividade de supercomputadores à rede quanto o alto consumo de energia elétrica representam condições materiais de funcionamento do *bitcoin*. Faz parte, portanto, da viabilidade técnica da rede o emprego de materialidades externas ao ecossistema virtual. A dependência de condições de viabilidade técnica exteriores ao âmbito da tecnologia não afasta por si só o caráter desintermediado da rede. No entanto, ela demonstra que, mesmo em se tratando de uma rede que promete eliminação do intermediário, ela, ainda assim, somente ganha existência quando imersa numa teia de serviços e produtos muitas vezes proibitivos ao consumidor médio, organizada por terceiros intermediários. Diferentemente da ideologia construída em torno do *bitcoin*, que predizia o caráter infalível da tecnologia, vê-se, por outro lado, que até mesmo a viabilidade técnica do sistema está sujeita ao cumprimento de condições de possibilidade variáveis ao longo do tempo. Com isso, não se está querendo dizer que o sistema tem falhas que corrompem sua integridade técnica, mas, sim, que seu pro-

¹¹ No caso do *bitcoin*, o poder de processamento exigido hoje em dia para uma máquina agregar força computacional suficiente para minerar é tão alto e dependente de tecnologia especializada que a atividade em si tornou-se um negócio altamente competitivo e acessível apenas a entrantes com grande capacidade de investimento (VIGNA; CASEY, 2015).

cesso de institucionalização é diretamente dependente da rede técnica que serve como pano de fundo do sistema.

3.2 Materialidades de mercado

Não apenas de materialidades técnicas depende a existência e disseminação do *bitcoin*. Para além dos dispositivos tecnológicos por meio dos quais a criptomoeda ganha funcionalidades específicas, há também ao seu redor uma arquitetura social programada para lhe dar usabilidade. Esta, porém, ao contrário das materialidades procedimentais, não está localizada em nenhum dispositivo tecnológico. As materialidades de mercado se referem à organização social de pessoas que se formam em torno da rede para lhe conferir aplicabilidade prática no cotidiano dos usuários (KARLSTRØM, 2014). De modo bastante sintético, neste trabalho as materialidades de mercado foram divididas em (1) comunidade, e (2) serviços facilitadores do manejo da rede.

A comunidade referida é composta tanto por desenvolvedores quanto pelos já mencionados mineradores. Ambos os grupos podem ser considerados em alguma medida responsáveis pela estrutura de governança do *bitcoin*, muito embora a rede tenha sido concebida com o propósito de eliminar qualquer tipo de governabilidade diferente das regras de funcionamento originalmente programadas. O grupo de desenvolvedores, ao contrário do que propõe o desenho técnico da arquitetura do *bitcoin*, é restrito a alguns poucos participantes. Os mineradores, por outro lado, embora prescindam de permissão para atuarem como tais, são filtrados por uma série de condicionantes de ordem técnica como já exposto anteriormente. Veja-se cada um dos grupos e por que eles indiretamente compõem o pano de fundo da governança do *bitcoin*.

Qualquer que seja o código de computador, ele demanda atualizações com o passar do tempo. Algumas para consertar pequenas falhas, outras para introduzir modificações estruturais que lhe emprestem melhor aplicabilidade na vida cotidiana dos usuários. Em geral, códigos *open-source*, como o do *bitcoin*, são depositados em um repositório ao qual têm acesso algumas pessoas apenas. No caso da rede, seu código-fonte fica hospedado na plataforma GitHub, que impõe uma série de regras aos integrantes para execução de modificações no protocolo do *bitcoin* (OERMANN; TÖLLNER, 2015). São três as categorias de participação que a plataforma permite: a de administradores da organização, a de membros (*development team* ou *core developers*) e a de não membros. Administradores são aqueles responsáveis por permitir ou excluir a participação de não membros basicamente. Até o momento, é incerto quem são os responsáveis por essa tarefa, uma vez que a plataforma não

exibe seus nomes. O grupo de membros, por outro lado, é composto por apenas sete pessoas. Todas elas são, de alguma maneira, entusiastas e especialistas que colaboram com a tarefa de melhoramento do código desde o surgimento da criptomoeda. São elas, ao fim e ao cabo, as incumbidas de aceitar ou recusar qualquer modificação no código do *bitcoin*. O grupo de não membros, por fim, é formado por pessoas aceitas na plataforma, hoje em número de 371 (BITCOIN..., c2018), que sugerem modificações do código ao grupo dos membros.

Segundo Oermann e Töllner (2015, p. 12), é importante conhecer a estrutura de modificação em nível fundamental do protocolo, pois ela desnuda o modelo de institucionalização centralizada de uma rede desenhada para funcionar descentralizadamente. Apenas para se ter uma ideia da concentração de poder que detêm os membros (*development team* ou *core developers*), basta pensar que qualquer modificação no código, incluindo as de nível estrutural, passa necessariamente por sua aprovação. No geral, expõem Oermann e Töllner (2015), reparos de pequenos *bugs* são feitos por seus integrantes individualmente sem que os demais sejam sequer consultados. Por outro lado, qualquer alteração que afete a natureza da tecnologia em nível estrutural deve ser decidida por consenso (OERMANN; TÖLLNER, 2015, p. 9). Além disso, é o grupo dos *core developers* o responsável por avaliar as sugestões de melhoramento feitas pelos não membros. Quando alguma sugestão é feita, ela deve igualmente passar pelo crivo do time para que seja implementada.

Uma outra forma de participação nas decisões de modificação da rede se dá pelo chamado *Bitcoin Improvement Proposal* (BIP) (OERMANN; TÖLLNER, 2015, p. 10). Diferentemente de um encaminhamento de sugestão concreta de alteração, o BIP consiste em uma proposta (*concept paper*) de criação de novas funcionalidades para o sistema *bitcoin* que sequer foram desenhadas em linhas de códigos. Diante da submissão de um BIP, decidem os membros, por maioria simples, acerca da sua admissibilidade para análise ou não. Uma vez admitida, ela será analisada e, caso se torne eventualmente um projeto concreto de modificação do protocolo, deverá passar pelos mesmos critérios de alteração que qualquer mudança substancial. Como forma de se garantir a publicidade das iniciativas, todos os BIPs, assim como todas as sugestões no geral, são gravadas nos fóruns de discussão da GitHub e no site da *Bitcoin Foundation* (OERMANN; TÖLLNER, 2015, p. 9).

Não apenas o seletivo grupo de desenvolvedores influencia a concepção dos projetos incorporados ao *bitcoin*. Também uma estrutura centralizada de tomada de decisões pode ter grau de ingerência razoável sobre a tecnologia. Trata-se da *Bitcoin Foundation*, acima referida, que foi criada com os propósitos de, entre outros, promover a uniformização de

políticas sobre o protocolo e proteger a integridade da rede. Constituída por uma diretoria (*Board of Directors*) composta por sete membros, um dos quais indicado por membros fundadores, três por membros que compõem a categoria das empresas que desenvolvem produtos baseados em *bitcoin* para o mercado e mais três por membros individuais da fundação, não se sabe ao certo qual o grau de influência que ela exerce sobre as modificações do protocolo da rede uma vez que suas decisões não são publicadas (OERMANN; TÖLLNER, 2015, p. 12). De modo direto, evidentemente, a fundação não tem o poder de influenciar a rede segundo lhe convenha. No entanto, sabendo que quatro membros do *development team* da GitHub compõem o *Board* da fundação e são parcialmente financiados pela mesma instituição (VIGNA; CASEY, 2015, p. 149), então não se descarta a hipótese de influência indireta (OERMANN; TÖLLNER, 2015, p. 11).

É importante, contudo, esclarecer que qualquer alteração promovida no protocolo, seja ela influenciada ou não por forças desconhecidas, somente passa a vigorar mediante a aceitação dos mineradores, que, juntamente com os desenvolvedores, integram a referida comunidade. São os mineradores que decidem atualizar o código que roda em suas máquinas e são eles, em última análise, os responsáveis por dar aplicabilidade às alterações concebidas e executadas pelos membros do *development team*. Caso todos os mineradores decidam fazê-lo nos exatos termos propostos, então passam a vigorar as alterações sugeridas. No entanto, se parcela razoável do grupo decide não fazê-lo ou, então, decide executar reformas diferentes das planejadas, daí emerge a possibilidade de uma divisão na rede (VIGNA; CASEY, 2015, p. 149). O efeito prático desse processo é a criação de uma segunda rede, diferente da original, com regras de funcionamento próprias.

Além do poder de criar uma nova rede, os mineradores têm ainda o poder de afetar a configuração original da rede padrão. Da mesma forma que a reunião de 51% da capacidade de processamento global de todo o sistema pode provocar alterações fraudulentas na rede, ela também pode fazê-lo para fins de atualização e modificação de qualquer natureza. O princípio é basicamente o mesmo. No caso de reunião de poder de processamento bruto acima dos 51%, maior será a capacidade de o(s) servidor(es) que congrega(m) tamanha força computacional agregar(em) poder computacional ao sistema para rodá-lo (VIGNA; CASEY, 2015). Nesse caso, aumenta a possibilidade de os desviantes modificarem estruturalmente a rede.

Esse aspecto do sistema é particularmente sensível no que se refere à governança da tecnologia. Concebida para escapar à intermediação de uma autoridade centralizadora, a comunidade de mineradores revela

invariavelmente traços característicos de um intermediário na medida em que promove constantemente alterações no protocolo mediante a formação de maioria. Muito embora a rede tenha sido criada para evitar a concentração de poder, a hipótese aventada não é meramente teórica. Na tabela, observa-se que a rede já promove acidentalmente uma concentração geográfica de mineradores. A maioria dos mineradores espalhados pelo mundo se concentra majoritariamente nos Estados Unidos, na China e na Europa.

Tabela

Concentração de servidores (mineradores) por país

Distribuição global de servidores de <i>bitcoin</i>	
12.153 servidores alcançados na data de 17 de março de 2018 às 16h 48min 56s	
Lista dos 9 maiores países em <i>ranking</i> de concentração de servidores	
Estados Unidos	2674 (22%)
China	2175 (17,9%)
Alemanha	1985 (16,33%)
França	686 (5,64%)
Holanda	502 (4,13%)
Reino Unido	417 (3,43%)
Canadá	406 (3,34%)
Rússia	387 (3,18%)
Singapura	230 (1,89%)

Fonte: Global... (c2018).

Contudo, mais alarmante do que a concentração de mineradores por país ou região é a concentração de poder de processamento por *pools* de mineração. Nesse caso, os mineradores se associam deliberadamente para aglutinar poder computacional e, com isso, entregar ao sistema maior força bruta do que isoladamente conseguiriam. Seus esforços podem ser, dependendo do caso, administrados por um coordenador, o que necessariamente introduz um elemento de intermediação na prestação da atividade. De acordo com Gervais, Karame, Capkun e Capkun (2014), se apenas um *pool* de mineração congregar mais que 51% do poder de processamento global da rede, então a associação, organizada por um terceiro, pode efetivamente influenciar o processo de confirmação de transações e automaticamente controlar a *blockchain*¹².

¹² Estudo conduzido por Eyal e Sirer (2013) comprovou que o patamar de 51% pode ser ainda menor caso uma parcela de mineradores deliberadamente se associe e pratique

Por meio desse processo de concentração de poder já foram produzidas ao menos 21 mudanças na *blockchain* que deram origem a regras de funcionamento do sistema diferentes das originais (LIST..., 2018).

Além da referida comunidade que se formou ao redor do *bitcoin*, há ainda, conforme exposto anteriormente, mais um grupo de indivíduos que se organizou em torno da rede e que, assim como os desenvolvedores e mineradores, dão aplicabilidade à tecnologia em âmbito social. São os facilitadores do manejo da rede, que adaptam determinadas funcionalidades do sistema para lhe conferir maior usabilidade. Encaixam-se nessa categoria determinadas modalidades de carteiras virtuais e as *exchanges*. Os serviços de carteiras virtuais, por um lado, surgem da necessidade prática de manuseio da rede. Normalmente, explicam Böhme, Christin, Edelman e Moore (2015, p. 221), carteiras convencionais de *bitcoin* não são simples de instalar e, dependendo do tipo, elas impõem uma série de ônus ao usuário. Assim, os serviços de carteiras virtuais surgiram da necessidade prática de manuseio simples e seguro da rede de serviços especializados em armazenagem de *bitcoins*. Basicamente, tais serviços, também chamados de serviços de carteiras digitais, visam aumentar a praticidade e o nível de segurança da estocagem e da movimentação de *bitcoins*, evitando, porém, os ônus que uma carteira administrada pelo próprio usuário geraria. Diferentemente de uma carteira individual, esse tipo de serviço é administrado por um terceiro que, normalmente, cobra encargos financeiros dos usuários do serviço.

Por outro lado, há também os terceiros que se colocam na cadeia de movimentação de valores e não apenas oferecem serviços de armazenagem de *bitcoins*, mas também facilitam a troca de moeda fiduciária por criptomoedas e vice-versa. Conhecidas como casas de câmbio ou *exchanges*, os serviços dessa natureza surgiram da necessidade prática de efetuar essas trocas de modo seguro e eficiente. Os intermediários da transação geralmente fornecem uma plataforma por meio da qual compradores e vendedores anunciam suas ofertas e demandas. Mediante o cruzamento de interesses e das solicitações dos usuários, os administradores da plataforma, que mantêm o controle sobre toda a movimentação de criptomoeda e moeda fiduciária no âmbito do sistema, efetuam as trocas assumindo o risco da transação (BÖHME; CHRISTIN; EDELMAN; MOORE, 2015, p. 220). Diferentemente de quase todo tipo de atividade que se organizou em torno da rede *bitcoin*, as casas de câmbio têm constituição definida por lei e consistem essencialmente em empresas. Sofrem, portanto, incidência direta da re-

uma estratégia chamada *selfish mining*. Desde a comprovação da hipótese dos pesquisadores, diversos foram os projetos apresentados para se corrigir a vulnerabilidade do sistema.

gulação estatal. Devido a essas características, Moore e Christin (2013, p. 26) referiram-se às *exchanges* como verdadeiras autoridades centralizadoras cujo sucesso ou derrocada têm o poder de afetar positiva ou negativamente o ecossistema da rede *bitcoin*.

3.3 Materialidades sociais

Materialidades procedimentais e de mercado constituem importantes variáveis da escalabilidade do *bitcoin*. No entanto, nenhuma delas isoladamente poderia afetar tanto a aceitação por parte dos usuários quanto a terceira forma de materialidade descrita por Karlström (2014). De acordo com o autor, não somente a sofisticação tecnológica e a organização do mercado ao redor do sistema *bitcoin* são suficientes para fazê-lo penetrar na vida social e torná-lo parte do cotidiano popular. Para além das duas formas de materialidades expostas anteriormente, Karlström (2014) faz alusão a um terceiro de tipo de imbricação social da tecnologia denominada materialidade social. Segundo o autor, materialidades sociais consistem essencialmente naquilo que as pessoas em geral pensam e reproduzem a respeito da tecnologia. Em outras palavras, seriam uma forma de opinião coletiva a seu respeito, isto é, sua reputação (KARLSTRÖM, 2014).

Embora de difícil determinação, sabe-se que a opinião pública acerca do *bitcoin* sofre inegável influência dos meios de comunicação. Tanto a internet quanto os jornais em geral têm-se prestado a solidificar uma espécie de opinião coletiva mais ou menos generalizável acerca da tecnologia, o que muito contribui para sua disseminação em larga escala ou até mesmo para a contenção do seu uso. Contudo, não apenas a mídia se presta a esse papel. Outro fator que afeta positiva ou negativamente a percepção social do *bitcoin* é a forma

como muitos países têm tratado, embora de forma provisória e descoordenada, do tema da legalidade das criptomoedas. De acordo com Bryans (2014), tanto a mídia quanto as respostas regulatórias temporárias que muitos países têm dado à utilização da criptomoeda em suas respectivas jurisdições têm sido responsáveis pela construção social da imagem do *bitcoin*. Coincidência ou não, ambos os mecanismos afetam a reputação da tecnologia mediante a associação de seu uso com a legalidade ou a ilegalidade *lato sensu*.

No caso da mídia, a correlação estabelecida fica evidente diante da variação do preço do *bitcoin* quando episódio envolvendo utilização da criptomoeda para fins ilícitos ganha notoriedade e repercussão internacional nos meios de comunicação. A título de exemplo, mencione-se o caso amplamente divulgado pela mídia da utilização de *bitcoins* para a compra e venda de produtos ilegais por meio do já desmantelado mercado virtual *Silk Road*. Segundo Hern (2013), do jornal *The Guardian*, o preço da criptomoeda perdeu aproximadamente um quarto do seu valor, quando, no dia 3 de outubro de 2013, foi anunciada publicamente a prisão de Ross Ulbricht, traficante internacional de drogas que operava no referido mercado virtual por meio de *bitcoins*. Na época, anunciava o jornal, o *bitcoin* valia aproximadamente \$145,70 dólares segundo a cotação da maior *exchange* dos Estados Unidos. Logo após a repercussão pública do fato ilícito, entretanto, o preço caiu para uma média de \$109,76 dólares na mesma casa de câmbio, ainda segundo a reportagem.

Também ganharam especial notoriedade casos de “sequestro” de dados pela internet cuja recompensa fora estabelecida em *bitcoins* (GIBBS, 2017). Esse é o caso do *ransomware* conhecido mundialmente pelo nome de *Wannacry*, cujos criadores, após terem “se-

questrado” milhares de dados pessoais de computadores privados por meio da ferramenta, exigiram o pagamento de recompensas em *bitcoins* para a devolução das informações. Embora nenhuma característica da rede *bitcoin* em si tenha sido afetada, a mera associação pública da sua utilização a um fato ilícito provocou uma repercussão negativa na reputação da criptomoeda, que pôde ser sentida também por meio da análise da variação do preço.

De modo geral, acredita-se que a mídia, especialmente mediante a associação do uso do *bitcoin* a algum fato ilícito ou lícito, representa um importante vetor da opinião pública em relação à imagem da criptomoeda. Mas, como já salientado, não apenas a abordagem midiática de casos paradigmáticos exerce influência sobre o que se pensa em termos abstratos acerca do *bitcoin*. Tão importante quanto, senão até mais relevante, seria, segundo Bryans (2014), a imagem da criptomoeda que muito países, em especial os que abrigam grande nicho mercado para a tecnologia, evocam por meio da regulação. No geral, vige ainda grande incerteza no campo teórico acerca da natureza jurídica do ativo (CUNHA FILHO; VAINZOF, 2017). No entanto, diversas jurisdições têm-se posicionado, ainda que de maneira provisória, a respeito do assunto, facilitando ora uma posição mais permissiva em relação ao uso da criptomoeda em território nacional, ora uma posição mais restritiva. Tanto uma quanto a outra são também acompanhadas de uma sensível variação no preço do ativo, o que denota maior ou menor confiança dos usuários na tecnologia.

O primeiro exemplo notável de regulação que afetou negativamente o ecossistema das criptomoedas como um todo foi a restrição chinesa de os bancos operantes no país negociarem tanto com criptomoedas diretamente quanto com *exchanges*. Minutos após a decisão do dia 5 de dezembro de 2013, que veio

acompanhada de uma declaração do governo chinês que levanta incerteza acerca do *status* jurídico das criptomoedas, o valor do *bitcoin* caiu imediatamente cerca de 10% na principal *exchange* do país, saindo de 7 mil yuans por unidade para 6,3 mil (RABINOVICH, 2013). Mais recentemente ainda, a cotação do *bitcoin* experimentou queda de mais de 10% em seu valor após o ministro das finanças sul-coreano declarar a intenção de banir completamente a circulação de criptomoedas do país asiático (AZEVEDO, 2018).

Por outro lado, o *bitcoin* e demais criptomoedas semelhantes foram valorizadas em 2017 pelo público em geral quando do reconhecimento oficial por parte do Japão de que os ativos funcionariam em território nacional como método de pagamento, tendo, portanto, poder liberatório das obrigações civis. Além de regular o âmbito de atuação das *exchanges* japonesas com o objetivo de prevenir a lavagem de dinheiro, o Japão foi o primeiro e até agora o único país a reconhecer oficialmente os efeitos das criptomoedas em território nacional por meio de lei. Logo após a publicação da medida, estima-se que o ativo tenha valorizado mais de 150% em relação ao mês anterior. De acordo com o analista Charles Hayter (FEBRE..., 2017), o novo *status* jurídico das criptomoedas no Japão “aumentou a confiança em uma moeda [*bitcoin*] que até pouco tempo era considerada ativo de risco”.

Em linhas gerais, são esses alguns dos aspectos do ecossistema das criptomoedas que demonstram compor, sem a exclusão de outros fatores, a imagem da tecnologia em meio ao público. Tanto a associação midiática do uso de *bitcoins* com atividades lícitas ou ilícitas quanto o posicionamento de alguns países em relação ao uso de criptomoedas contribuem para o maior ou menor nível de aceitação da tecnologia no meio social.

A análise das materialidades procedimentais e de mercado, assim como das materialidades sociais, leva à compreensão de que a existência e a aplicabilidade em larga escala da tecnologia depende não apenas da estrutura tecnológica que suporta o *bitcoin*, mas, sobretudo, de uma série de condicionantes institucionais que se localizam fora do âmbito técnico, como a mídia e o direito.

Conclusão

Diferentemente do que celebram alguns tecnoentusiastas e a mídia em geral, o *bitcoin* não se revelou totalmente imune a influências que transcendem sua constituição tecnológica. Apesar de a tecnologia, por conta de seu *design* técnico apenas, ter reivindicado seu caráter apolítico e anti-ideológico, uma ligeira análise de seu modo de reprodução social revelou intensa dependência de aspectos externos à sua estrutura tecnológica *per se*. O primeiro conjunto de condições externas das quais o *bitcoin* se mostra dependente está relacionado com a própria manutenção da sua estrutura tecnológica. Denominadas por Karlström (2014) materialidades procedimentais, as condições que dão possibilidade de existência à rede *bitcoin* dizem respeito à sustentação da criptografia, assim como da própria *blockchain*. O segundo conjunto de condições materiais ao qual o *bitcoin* se encontra sujeito, por outro lado, está relacionado à organização social que se formou ao redor da rede com o propósito de lhe conferir aplicabilidade prática e maior usabilidade no cotidiano popular. E, por fim, a terceira condição material encontrada diz respeito à percepção coletiva da imagem da criptomoneda, que é suscetível tanto à influência midiática quanto ao posicionamento de governos e Estados nacionais a respeito de sua legalidade.

A descrição das materialidades demonstra que, a despeito de a tecnologia estar inserida num contexto jurídico de incerteza, ela se encontra imersa num conjunto de condições técnicas, de mercado e sociais que moldam o que Dodd (2017) chamou de vida social do *bitcoin*, mas que bem poderia ser interpretado como um processo de institucionalização informal no sentido anteriormente exposto. Com isso, revela-se que não apenas do nível de avanço tecnológico do sistema depende a escalação da confiança no ativo. Partindo da ideia de que instituições formais e informais representam também variável relevante do processo de produção de confiança social, conclui-se que a confiança no ativo se mostra igualmente dependente da consolidação ou da desintegração de condicionantes materiais do *bitcoin*. Mais precisamente, pode-se dizer que quanto mais as condições técnicas estejam consolidadas, quanto

mais a governança e a rede de produtos e serviços que se erigiu ao redor do *bitcoin* estejam desenvolvidas e quanto mais a criptomoeda esteja publicamente associada a atividades lícitas, tanto mais a ideia do *bitcoin* como um ativo de confiança encontra terreno fértil para o crescimento.

Sobre o autor

Marcelo de Castro Cunha Filho é mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil; doutorando em Sociologia Jurídica pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; bolsista de doutorado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: mcunhafilho@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

CUNHA FILHO, Marcelo de Castro. *Bitcoin: uma tentativa de construção da confiança por meio da tecnologia*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 37-60, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p37

(APA)

Cunha, M. de C., Fº. (2019). *Bitcoin: uma tentativa de construção da confiança por meio da tecnologia*. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 37-60. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p37

Referências

ATZORI, Marcella. Blockchain technology and decentralized governance: is the state still necessary? [s. n., s. l.], p. 1-37, Dec. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2709713. Acesso em: 30 nov. 2018.

AZEVEDO, Rita. Possível proibição da Coreia do Sul derruba preço da *bitcoin*. *Exame*, São Paulo, 11 jan. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mercados/possivel-proibicao-da-coreia-do-sul-derruba-preco-da-bitcoin/>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BITCOIN development. *BitcoinCore*, [s. l.], c2018. Disponível em: <https://bitcoin.org/en/development>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BÖHME, Rainer; CHRISTIN, Nicolas; EDELMAN, Benjamin; MOORE, Tyler. Bitcoin: economics, technology, and governance. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 29, n. 2, p. 213-238, 2015. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.29.2.213>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BOS, Joppe W.; HALDERMAN, J. Alex; HENINGER, Nadia; MOORE, Jonathan; NAEHRING, Michael; WUSTROW, Eric. Elliptic curve cryptography in practice. *In:*

INTERNATIONAL CONFERENCE ON FINANCIAL CRYPTOGRAPHY AND DATA SECURITY, 18., 2014, Christ Church. *Anais [...]*. Christ Church: [s. n.], 2014. p. 157-175. Disponível em: <https://eprint.iacr.org/2013/734.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013*. Dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm. Acesso em: 3 nov. 2018.

BRYANS, Danton. Bitcoin and money laundering: mining for an effective solution. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 89, n. 1, p. 441-472, 2014. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11100&context=ilj>. Acesso em: 29 nov. 2018.

CORTEZ, Tiago Machado. *Moeda, Estado e direito: o papel do Estado na ordem monetária e seu controle*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

CUNHA FILHO, Marcelo de Castro; VAINZOF, Rony. A natureza jurídica “camaleão” das criptomoedas. *Jota*, [São Paulo], 21 set. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-digital/a-natureza-juridica-camaleao-das-criptomoedas-21092017>. Acesso em: 29 nov. 2018.

DE FILIPPI, Primavera; LOVELUCK, Benjamin. The invisible politics of bitcoin: governance crisis of a decentralized infrastructure. *Internet Policy Review*, [Berlin], v. 5, n. 3, Sept. 2016. DOI: 10.14763/2016.3.427. Disponível em: <https://policyreview.info/node/427/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

DODD, Nigel. The social life of bitcoin. *Theory, Culture & Society*, [s. l.], p. 1-26, 2017. Disponível em: http://eprints.lse.ac.uk/69229/1/Dodd_The%20social%20life%20of%20Bitcoin_author_2017%20LSERO.pdf. Acesso em: 29 nov. 2018.

DURAN, Camila Villard. *A moldura jurídica da política monetária: um estudo de caso*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-161336/pt-br.php>. Acesso em: 29 nov. 2018.

EYAL, Ittay; SIRER, Emin Gün. Majority is not enough: bitcoin mining is vulnerable. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON FINANCIAL CRYPTOGRAPHY AND DATA SECURITY, 18., 2013, Christ Church. *Anais [...]*. Christ Church: [s. n.], 2013. p. [1-18]. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~ie53/publications/btcProcFC.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

FEBRE do ouro digital no Japão faz valor do *bitcoin* disparar. *Exame*, [São Paulo], 22 jun. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mercados/febre-do-ouro-digital-no-japao-faz-valor-do-bitcoin-disparar/>. Acesso em: 4 dez. 2018.

GERVAIS, Arthur; KARAME, Ghassan O.; CAPKUN, Srdjan; CAPKUN, Vedran. Is bitcoin a decentralized currency? *IEEE Security and Privacy*, [Champaign], v. 12, n. 13, p. 1-11, 2014. Disponível em: <https://eprint.iacr.org/2013/829.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

GIBBS, Samuel. WannaCry: hackers withdraw £108,000 of bitcoin ransom. *The Guardian*, [London], 3 Aug. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/aug/03/wannacry-hackers-withdraw-108000-pounds-bitcoin-ransom>. Acesso em: 30 nov. 2018.

GILES, Martin; KNIGHT, Will. Google thinks it's close to “quantum supremacy”: here's what that really means. *MIT Technology Review*, [Washington, DC], Mar. 9, 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/610274/google-thinks-its-close-to-quantum-supremacy-heres-what-that-really-means/>. Acesso em: 30 nov. 2018.

GLOBAL bitcoin nodes distribution. *Bitnodes*, [s. l.], c2018. Disponível em: <https://bitnodes.earn.com/>. Acesso em: 28 nov. 2018.

GOOD, David. Individuals, interpersonal relations, and trust. In: GAMBETTA, Diego (ed.). *Trust: making and breaking cooperative relations*. Oxford, UK: Blackwell, 1988. p. 31-48.

GOODHART, Charles A. E. Two concepts of money: implications for the analysis of the optimal currency areas. *European Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 14, n. 3, p. 407-432, Aug. 1998.

GOOGLE encoraja a indústria a utilizar a criptografia SHA-256. *CryptoID*, São Paulo, 6 mar. 2017. Disponível em: <https://cryptoid.com.br/banco-de-noticias/google-encoraja-industria-utilizar-criptografia-sha-256/>. Acesso em: 29 nov. 2018.

HARDIN, Russell. Trustworthiness. *Ethics*, [Chicago], v. 107, n. 1, p. 26-42, Oct. 1996.

HERN, Alex. Bitcoin price plummets after Silk Road closure. *The Guardian*, [London], 3 Oct. 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2013/oct/03/bitcoin-price-silk-road-ulbricht-value>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. Bitcoin's energy usage is huge – we can't afford to ignore it. *The Guardian*, [London], 17 Jan. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/jan/17/bitcoin-electricity-usage-huge-climate-cryptocurrency>. Acesso em: 30 nov. 2018.

KARLSTRÖM, Henrik. Do libertarians dream of electric coins?: the material embeddedness of bitcoin. *Distinkton: Journal of Social Theory*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 23-36, 2014. DOI: 10.1080/1600910X.2013.870083. Disponível em: <https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/2393381/virtual-money.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2018.

KEYNES, John Maynard. *A treatise on money*. London: Macmillan, 1950. v. 1.

KNAPP, Georg Friedrich. *The state theory of money*. San Diego: Simon, 2003.

LIST of bitcoin forks. *CryptoCompare*, [s. l.], 1th Mar. 2018. Disponível em: <https://www.cryptocompare.com/coins/guides/list-of-bitcoin-forks/>. Acesso em: 29 nov. 2018.

MCGINNIS, John O.; ROCHE, Kyle. Bitcoin: order without law in the digital age. *Northwestern Public Law*, [s. l.], n. 17-06, p. 1-59, Mar. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929133. Acesso em: 30 nov. 2018.

MÖLLERING, Guido. Trust, institutions, agency: towards a neoinstitutional theory of trust. In: BACHMANN, Reinhard; ZAHEER, Akbar (ed.). *Handbook of trust research*. Northampton, MA: Edward Elger, 2006. p. 355-376. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.492.2509&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

MOORE, Tyler; CHRISTIN, Nicholas. Beware the middleman: empirical analysis of bitcoin-exchange risk. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON FINANCIAL CRYPTOGRAPHY AND DATA SECURITY, 17., 2013, Heidelberg. *Anais [...]*. Heidelberg: [s. n.], 2013. p. 1-8. Disponível em: <https://fc13.ifca.ai/proc/1-2.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system. *Bitcoin*, [s. l.], 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

OERMANN, Markus; TÖLLNER, Nills. NoC internet governance case studies series: the evolution of governance structure in cryptocurrencies and the emergence of code-based arbitration in bitcoin. In: GASSER, Urs; BUDISH, Ryan; WEST, Sarah Myers (ed.). *Multistakeholder as governance groups: observations from case studies*. Cambridge, MA: Berkman, 2015. p. 1-13. Disponível em: <https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/1cdcee016e866b642dd72bb578c871296cdc852e.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

PUBLIC trust in government remains near historic lows. *Pew Research Center*, Washington, DC, May 3, 2017. Disponível em: <http://www.people-press.org/2017/05/03/public-trust-in-government-remains-near-historic-lows-as-partisan-attitudes-shift/1-19/>. Acesso em: 28 nov. 2018.

PUTNAM, Robert D. *Bowling alone: the collapse and revival of American community*. New York: Simon & Schuster, 2000.

QUANTUM computers pose imminent threat to bitcoin security. *MIT Technology Review*, [Washington, DC], Nov. 8, 2017. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/609408/quantum-computers-pose-imminent-threat-to-bitcoin-security/>. Acesso em: 30 nov. 2018.

RABINOVICH, Simon. China proíbe bancos de realizar transações com *bitcoins*. *Folha de S.Paulo*, [São Paulo], 5 dez. 2013. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/12/1381149-pequim-proibe-bancos-de-realizar-transacoes-com-bitcoins.shtml>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SWAN, Melanie. *Blockchain: blueprint for a new economy*. Sebastopol, CA: O'Reilly, 2015.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo*. São Paulo: Ed. SENAI, 2017.

TWOMEY, Peter. Halting a shift in the paradigm: the need for bitcoin regulation. *Trinity College Law Review: TCLR*, [Dublin], v. 16, p. 67-90, 2013. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/trinclr16&div=8&id=&page=>. Acesso em: 30 nov. 2018.

VIGNA, Paul; CASEY, Michael J. *The age of cryptocurrency: how bitcoin and digital money are challenging the global economic order*. New York: St. Martin's Press, 2015.

WIKE, Richard; SIMMONS, Katie; STOKES, Bruce; FETTEROLF, Janell. Many unhappy with current political system. *Pew Research Center*, Washington, DC, Oct. 16, 2017. Disponível em: <http://www.pewglobal.org/2017/10/16/many-unhappy-with-current-political-system/>. Acesso em: 28 nov. 2018.

WILLIAMSON, Oliver E. Calculativeness, trust, and economic organization. *Journal of Law and Economics*, [Chicago], v. 36, n. 1, p. 453-486, Apr. 1993. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/725485>. Acesso em: 30 nov. 2018.

ZUCKER, Lynne G. Production of trust: institutional sources of economic structure, 1840-1920. *Research in Organizational Behaviour*, [Amsterdam], v. 8, p. 53-111, 1986.

Transgenia, sociedade de risco e direito do consumidor à informação

Uma análise do PL nº 4.148/2008

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

IGOR MENDES BUENO

LEONARDO FERREIRA PILLON

Resumo: O presente artigo discute o direito à informação e a rotulagem de produtos derivados de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) num contexto de sociedade de risco. Para tanto, identifica e analisa especificamente as bases jurídico-políticas que integram o conteúdo material do Projeto de Lei nº 4.148/2008, que trata da rotulagem de produtos de consumo com presença de OGMs. Partindo do paradigma interpretativista e de uma abordagem dialética, analisa-se, num primeiro momento, a evolução histórica da regulação da matéria à luz das críticas à teoria da sociedade global de riscos; em seguida, explora-se especificamente a rotulagem de produtos compostos por transgênicos e, finalmente, analisam-se os trâmites e debates que ocorreram no PL nº 4.148/2008. Conclui-se que o resultado legislativo pode imprimir dois significados opostos ao direito à informação: de um lado, o viés da neutralidade, que pressupõe seja evitada a politização do consumo, que aliena o consumidor das externalidades dos processos produtivos; e, de outro, o viés da precaução, que democratiza o poder de escolha em relação aos riscos alimentares que as pessoas assumem ou a que se sujeitam de forma mais consciente.

Palavras-chave: Direito à informação. Organismos Geneticamente Modificados (OGMs). Sociedade de risco. Projeto de Lei nº 4.148/2008.

GMO, risk society and consumer's right to information: an analysis of the bill project n. 4.148/2008

Abstract: The following study discuss the right to information and the labelling of products derived from genetic modified organisms (GMOs) in the context of risk society. In order to do so, identify and

Recebido em 15/8/18

Aprovado em 10/12/18

analyse specifically the legal-political bases that integrate the material content of the Bill of Right number 4.148/2008, that rule the labelling of consumer goods with presence of GMOs. Starting from the interpretative paradigm and a dialectic approach, analyses firstly the historic evolution of the main subject regulation in the view of the critics to the global risk society theory, going to explore specifically the labelling of products derived from GMOs and, at the end, analysing the above Bill of Right procedures. Therefore, we conclude that the legislative result can impress two different meanings to the right of information: the bias of neutrality, presupposing to avoid the consumption politicization alienating the consumers from the externalities of the productive processes and, on the other hand, the bias of risks precaution, through the democratization of choice power between the food risks that people subject themselves or assume more consciously.

Keywords: Right to information. GMO. Risk society. Bill of right number 4.148/2008.

1 Introdução

Recentemente foi noticiado o retorno à pauta das Comissões do Senado Federal de proposta legislativa a respeito de um tema historicamente tormentoso nos meios político, jurídico e científico no Brasil. Trata-se do Projeto de Lei nº 4.148, de 2008 (atualmente Projeto de Lei da Câmara nº 34, de 2015, no Senado) (BRASIL, 2008a, 2018), que trata da fixação de regras para a rotulagem de produtos destinados ao consumo humano e animal que contenham organismos geneticamente modificados em sua composição. Essa discussão remonta a um período de aproximadamente vinte anos, época da introdução das novas tecnologias de manipulação genética no mercado nacional.

O presente artigo objetiva identificar as bases jurídico-políticas que integram o conteúdo material do Projeto de Lei nº 4.148/2008 à luz do direito à informação e do princípio da precaução em um contexto de sociedade de risco. Para tanto, a pesquisa busca compreender a evolução dos conceitos fundamentais do direito à informação, sociedade de risco e princípio da precaução; estudar o histórico regulatório sobre a rotulagem de produtos de consumo com presença de OGMs; verificar a existência de julgados do Supremo Tribunal Federal sobre

a matéria; e, por fim, investigar o processo de tramitação do Projeto de Lei nº 4.148/2008 e a identificação de seus caracteres centrais.

Com base no paradigma interpretativista (MOREIRA; CALEFFE, 2006, p. 60) que orienta a pesquisa qualitativa, este estudo vale-se de uma abordagem dialética, pela qual se compreendem os embates jurídico-políticos que contornam a definição do núcleo de direito à informação proposto pelo PL nº 4.148/2008. Epistemicamente, como teoria de base, orienta-se pela coexistência da sociedade de classes e da sociedade de risco nas críticas de Guivant (2001) e Korstanje (2010) à teoria da sociedade de risco cunhada por Beck (1998, 2006) a fim de interpretar os processos decisórios em curso sobre o direito à informação sobre produtos derivados de OGMs.

O método de procedimento escolhido foi o estudo de caso do PL nº 4.148/2008, dividido em três fases: fase exploratória, em que foram realizadas as investigações sobre as tramitações do projeto legislativo em questão e buscas jurisprudenciais pelos termos “transgênicos”, “rotulagem”, “OGM” no Portal do Supremo Tribunal Federal; num segundo momento, delimitou-se o estudo e a coleta de dados que tratassem tão somente da rotulagem de produtos compostos por transgênicos; e, num terceiro estágio, passou-se à análise sistemática dos dados encontrados, culminando na realização de um relatório. Para atingir os fins estabelecidos para a pesquisa, além de revisão bibliográfica dos referenciais escolhidos, foram utilizadas técnicas específicas de análise documental da Reclamação Constitucional nº 14.873 (BRASIL, 2016b), de todos os pareceres apresentados no PL nº 4.148/2008 (BRASIL, 2016b) na Câmara dos Deputados e posteriormente no Senado Federal, das notas taquigráficas (BRASIL, 2015d) e atas das Audiências Públicas relativas ao projeto em

questão, realizadas em 12 de agosto de 2015 nas Comissões Mistas do Senado (BRASIL, 2015b).

2 Risco, precaução e direito à informação

Beck (1998) introduz o paradigma da incerteza e dos riscos em sua obra *La Sociedad del Riesgo*. Para o autor, a humanidade estaria numa fase de transição para a modernização reflexiva que seria a superação da primeira modernidade, marcada pela confiança no controle e segurança viabilizados pela ciência e pela técnica, assim como pela confiança no progresso. Na segunda modernidade, o desenvolvimento tecnocientífico não conseguiria prever e controlar os riscos que ele próprio contribuiu para gerar (BECK, 1998, p. 203-206).

Assim, a transição seria da sociedade industrial, de classes, calcada no princípio da igualdade consoante a concentração de riquezas (KORSTANJE, 2010, p. 276), rumo à sociedade do risco distribuído indiscriminadamente. Atendendo a críticas sobre a visão eurocentrista e linearmente evolucionista que transpassava sua proposta original (GUIVANT, 2001, p. 98) e considerando que a sociedade de classes coexiste com a sociedade de risco em países menos industrializados, a globalização dos riscos é posteriormente revista por Beck (1998) para formular o que define como primeira lei dos riscos ambientais, segundo a qual a poluição segue os mais pobres.

Entre as transformações necessárias nesse contexto, Beck, citado por Guivant, aponta o começo do “caos normal do conflito sobre os riscos”, observando-se contradições nas avaliações e estudos entre peritos e contraperitos, o que tem por consequência a descrença dos

consumidores no sistema científico. Nesse contexto, justifica a proposta da subpolítica difusa que aposta nos subsistemas políticos estruturados em governos e instituições abertas a fim de que seja possível a convivência com os riscos da sociedade moderna ao invés de bani-los. Diante disso, “em lugar de se esperar por um completo controle dos riscos, procurar formas de lidar democraticamente com as decisões sobre os riscos que as sociedades escolhem enfrentar” (GUIVANT, 2001, p. 103).

Sob esses referenciais, a autora citada pontua o caso dos transgênicos como uma situação passível de ser interpretada à luz das categorias conceituais da teoria global da sociedade de riscos. Essa assertiva leva em conta os limites dos atuais métodos de análise e estatística de que dispõe o sistema técnico-científico, o que gera um campo de incertezas no público consumidor. Por conseguinte, os dissensos da pesquisa científica sobre a relação entre alimentos e saúde estimulam também dúvidas acerca da confiabilidade das próprias informações científicas e das instituições que as emitem, acirrando ainda mais conflitos entre o saber leigo e o perito/técnico/científico (GUIVANT, 2001, p. 105-106).

Com base no mesmo marco teórico, Pellanda (2013) conceitua os desencontros de informações científicas sobre transgênicos como o fenômeno da *irresponsabilidade organizada*, caracterizada pela consciência sobre a existência dos riscos (a saber: contaminação de plantações convencionais pelas transgênicas, contaminação química do solo, ar, água e saúde humana e desrespeito com os consumidores), acompanhada de um vazio de políticas públicas como as restrições à rotulagem, e a falta de programas de esclarecimento ao consumidor sobre a existência e os riscos desses produtos. Na avaliação da autora, “o fenômeno da irresponsabilidade organizada é desencadeado a partir do momento em que as instituições dominantes procuram encobrir a realidade do risco sem, contudo, desvincular-se das relações de definição propostas pela sociedade industrial” (PELLANDA, 2013, p. 107).

Embora nos países altamente industrializados os sistemas de governo e científico estimulem a expectativa de risco zero na população, a confiança pública tem sido drasticamente desafiada diante da divulgação de eventos de riscos alimentares. Nesse cenário, o caso dos transgênicos assume o ápice motivador de descrédito na capacidade de resposta sólida e confiável da ciência, governo e instituições (BEARDSWORTH; KEIL, 1997 apud GUIVANT, 2001, p. 107). Assim, observa-se, de um lado, a precariedade no controle e fiscalização pela inexistência de recursos técnicos ou funcionários suficientes para analisar na totalidade os riscos à segurança alimentar e, de outro, a resposta do público consumidor com atitude de resignação ou indiferença

frente aos possíveis riscos alimentares e ao desconhecimento da sua dimensão (GUIVANT, 2001, p. 107-108).

Uma das formas de lidar com o estado de risco é a informação, o que explica a centralidade da evolução do direito à informação nesse contexto. Sob esse enfoque, passa-se a abordar o seu reconhecimento como um direito humano desde os primeiros marcos normativos internacionais até sua constitucionalização e desenvolvimento no ordenamento interno e, mais especificamente, no que interessa a esse trabalho, o direito fundamental à informação nas relações de consumo.

O direito à informação é um ramo que pretende tornar-se autônomo em relação a sua origem na liberdade de expressão e comunicação. Esse direito, que tinha inicialmente como forte característica negativa um dever de abstenção estatal, passou a assumir uma natureza positiva para impor a obrigação de informar como característica intrínseca ao direito de ser informado (SILVA, 2014, p. 57).

O reconhecimento internacional do direito à informação é demarcado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (NAÇÕES UNIDAS, 1998) e encontra uma expressão de natureza positiva a partir da Resolução nº 39 da 24ª Assembleia das Nações Unidas, de 16 de abril de 1985, que estabelece princípios gerais garantindo o “acesso dos consumidores à informação adequada que os capacite a fazer escolhas conscientes e de acordo com seus desejos e necessidades individuais” (UNITED NATIONS, 1985, p. [3], tradução nossa).

Apesar disso, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]) limitou-se a indicar a regulamentação infraconstitucional de defesa do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 1990, prevê em termos abrangentes o “direito à informação adequada e clara sobre produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (BRASIL, [2017b]).

Em 1992, o Brasil sediou a ECO-92, que resultou na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (NAÇÕES UNIDAS, [1992?]) prevendo o acesso adequado do indivíduo a informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades no que tange ao meio ambiente, assim como na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) (BRASIL, 1998a) prevendo medidas de conservação *in situ* para os Estados-parte. A CDB estipula o controle dos riscos associados à utilização e liberação de OGMs que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo sobre a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica e leva também em conta os riscos para a saúde humana.

Embora existam indicações de que políticas para rotulagem de alimentos provenientes de biotecnologia tenham sido desenvolvidas desde os anos 90 pela Comissão do *Codex Alimentarius* (COSTA; MARIN, 2011, p. 3.574), o direito à informação passou a ter conteúdo vinculado a Organismos Vivos Modificados (OVMs) apenas com o Protocolo de Cartagena (BRASIL, 2006), o primeiro acordo internacional suplementando a CDB. A preocupação do Protocolo é estabelecer mecanismos confiáveis para controle dos países com produção de alimentos para humanos baseada em OVMs, compromissando os Estados-Parte a promover e facilitar a consciência pública, a educação e a participação relativas à segurança na transferência, manejo e uso dos OVMs (MENDEL, 2009, p. 20).

Apesar de datar de 2000 a celebração do Protocolo de Cartagena, o Brasil só o promulgou em 2006, obrigando-se a realizar uma avaliação de risco antes da primeira introdução de OVMs na natureza, a efetivar um acordo de notificação prévia informando aos países compradores as modificações genéticas introduzidas nos produtos e a identificar na embalagem os produtos destinados à alimentação humana ou animal que possam conter OVMs (Artigo 11 e 18):

Artigo 11 Procedimento para os Organismos Vivos Modificados Destinados ao Uso Direto como Alimento Humano ou Animal ou ao Beneficiamento [...]

8. A ausência de certeza científica devida à insuficiência das informações e dos conhecimentos científicos relevantes sobre a dimensão dos efeitos adversos potenciais de um organismo vivo modificado na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica na Parte importadora, levando também em conta os riscos para a saúde humana, não impedirá esta Parte, a fim de evitar ou minimizar esses efeitos

adversos potenciais, de tomar uma decisão, conforme o caso, sobre a importação do organismo vivo modificado destinado ao uso direto como alimento humano ou animal ou ao beneficiamento. [...]

Artigo 18 Manipulação, Transporte, Embalagem e Identificação [...]

2. Cada Parte tomará medidas para exigir que a documentação que acompanhe: a) os organismos vivos modificados destinados para usos de alimento humano ou animal ou ao beneficiamento identifique claramente que esses “podem conter” organismos vivos modificados e que não estão destinados à introdução intencional no meio ambiente, bem como um ponto de contato para maiores informações (BRASIL, 2006).

Em destaque, o Protocolo adotou como base o princípio da precaução estabelecido na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Ainda assim, a ausência de certeza científica sobre os riscos de OVMs para o ecossistema ou para a saúde humana não impede que o Estado-parte decida sobre o OVM destinado diretamente ao uso humano ou animal desde que preste as informações estabelecidas no Protocolo (BRASIL, 2006).

Por força da situação de incertezas a circundar o caso dos OGMs, a legislação doméstica brasileira explicitamente elegeu como diretriz a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e o princípio da precaução para a proteção do meio ambiente consoante o artigo 1º da Lei de Biossegurança (BRASIL, [2007]). Também tornou obrigatória a adoção de meios necessários para informar à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), às autoridades da saúde pública, do meio ambiente, da defesa agropecuária, à coletividade e aos demais empregados da instituição ou empresa sobre os riscos a que possam estar submetidos, bem como os procedimentos a serem tomados no caso de acidentes com OGMs.

Assim, o princípio da precaução aprioristicamente seria fundamento para, assumindo o estado de incertezas científicas sobre os riscos dos OGMs, priorizar o direito à informação para viabilizar a possibilidade de escolha dos cidadãos em aceitar ou não eventuais consequências de uma alimentação derivada de transgênicos. Desse modo, é relevante a investigação científica sobre o estado de coisas com base no qual se vem construindo a dialética sobre o direito de ser informado acerca da composição de produtos alimentícios derivados de transgênicos e a necessidade da interferência do Estado para definir o seu conteúdo substancial no contexto da sociedade de riscos.

3 A rotulagem de produtos com OGMs para a garantia do direito do consumidor à informação

Uma das maneiras pelas quais o Brasil se notabiliza na garantia do acesso à informação ao consumidor é pelo estabelecimento e regulamentação da rotulagem para produtos destinados ao consumo humano ou animal que, disponibilizados no mercado, contenham OGMs.

A regulamentação dessa matéria no Brasil não é exatamente nova. O primeiro marco normativo a respeito do tema data do ano de 2001, época em que avançava a utilização comercial em escala global das novas tecnologias de manipulação genética e se travavam intensos debates sobre os possíveis riscos e impactos, tanto para o meio ambiente quanto para a saúde humana e animal, da introdução de OGMs em nosso meio agrícola.

Em vista da grande polêmica científica a respeito desses possíveis riscos e do consequente acirramento dos debates entre forças sociais contrárias e favoráveis à liberação do uso dessas novas tecnologias, entre a segunda metade dos anos 1990 e o início dos anos 2000 ocorreram as primeiras contendas que marcam a introdução dos OGMs na agricultura nacional. Nessa época, cujo marco jurídico inicial foi a edição da chamada Lei de Biossegurança (Lei nº 8.974, de 1995) (BRASIL, [2001b]), posteriormente revogada e substituída pela Lei nº 11.105, de 2005 (BRASIL, [2007]), foram iniciadas grandes campanhas e promovidas ações judiciais por organizações da sociedade civil, como o *Greenpeace* e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), para tentar impedir a importação de grãos transgênicos de outros países, obter informações adequadas sobre essas espécies, editar normas relativas à segurança alimentar e realizar estudos de impacto ambiental. Nessa época também foram formulados os primeiros pedidos de liberação do cultivo de produtos geneticamente modificados no Brasil, feitos por grandes

empresas do ramo (como é o caso da soja *Roundup Ready* da empresa Monsanto, em 1998), e constatados os primeiros cultivos ilegais de grãos, sem a autorização da CTNBio (ROSIÈRE, 2013, p. 87-93).

Vários foram os embates nos campos político e jurídico sobre a matéria, com diversas disputas judiciais que culminaram, por fim, na introdução dos organismos geneticamente modificados no Brasil. As grandes polêmicas em torno da temática, todavia, jamais foram superadas, mantendo-se até hoje a questão em situação de dissenso científico em relação aos possíveis riscos ou danos relativos à utilização dos OGMs.

Com a manutenção desses embates e as pressões políticas de setores e organizações da sociedade civil e de movimentos populares, a legislação específica foi aperfeiçoada. A principal evolução nesse sentido se deu no campo do direito à informação sobre os produtos destinados ao consumo humano ou animal postos no mercado que contivessem OGMs ou fossem produzidos a partir deles.

O primeiro marco normativo sobre a rotulagem de produtos transgênicos foi o Decreto presidencial nº 3.871 (BRASIL, 2001a), publicado em julho de 2001, mais de um ano após uma decisão judicial proferida pela 6ª Vara Federal de Brasília nos autos de ação promovida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)¹, que determinara a rotulagem dos produtos que contivessem OGMs (ROSIÈRE, 2013, p. 103). Com o Decreto nº 3.871, de 2001, revogado pelo Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003 (BRASIL, [2003a]), foi fixado um percentual de quatro por cento a partir do qual seria necessária a rotulagem dos produtos destinados ao consumo humano que contivessem organismos transgênicos em sua composição. Uma importante característica desse decreto, de particular interesse no presente trabalho, consiste na clara opção pelo critério de *detectabilidade* para a verificação do mencionado percentual, conforme evidenciado pela redação de seu artigo 3º, *caput*², segundo o qual a rotulagem deveria ser feita quando possível a detecção do organismo geneticamente modificado no produto final, tal como disponibilizado no mercado. Como veremos mais detidamente adiante, o critério de verificação adotado pela legislação tem um caráter central no debate sobre a rotulagem desses produtos, em vista da possível indetectabilidade da presença de OGMs em ali-

¹ Trata-se da Ação Civil Pública nº 1998.34.00.027682-0 (0027641-51.1998.4.01.3400, na nova numeração) (BRASIL, 1998b).

² Decreto nº 3.871, 18 de julho de 2001: “Art. 3º Fica criada Comissão Interministerial com competência para propor revisão, complementação e atualização do disposto neste Decreto, bem assim metodologia de detecção da presença de organismo geneticamente modificado, levando-se em conta o progresso técnico-científico em curso” (BRASIL, 2001a).

mentos ultraprocessados, devido à destruição dos materiais genéticos ou proteínas no processo de refino e industrialização.

Todavia, muito embora o Decreto nº 3.871/2001 tenha fixado as primeiras bases para a evolução do direito à informação dos consumidores quanto à temática dos transgênicos, o que se observou na época foi a incapacidade de instrumentalização do processo de fiscalização da rotulagem. Como menciona Rosière (2013, p. 104), durante todo o período de vigência do Decreto (de 2001 a 2004), não houve sequer um processo administrativo para apurar eventuais descumprimentos pelas empresas.

Posteriormente, como mencionado, o decreto editado no ano de 2001 foi revogado e substituído pelo Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003, que se mantém vigente. Referindo expressamente, em seu artigo 1º, o objetivo de regulamentar o direito à informação, tal como estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, [2017b]), especificamente quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contivessem OGMs, esse Decreto trouxe, apesar de suas limitações, alguns importantes avanços em relação ao primeiro. A mais importante alteração promovida foi a modificação do critério de *detectabilidade* para o chamado critério de *rastreabilidade* para a verificação da presença de OGMs no produto comercializado. Com base nesse critério, que é garantido pela redação do artigo 2º, § 3º³, a rotulagem deve ser realizada sempre que se constatarem, em todas as etapas da cadeia produtiva, ingredientes que componham o produto em percentual acima do limite de um por cento fixado pelo Decreto (artigo 2º, *caput*) – percentual que ainda poderia ser reduzido por decisão da CTNBio, conforme o artigo 2º, § 4º.

Além dos produtos embalados, o diploma incluiu, no âmbito da regulamentação, aqueles vendidos a granel ou *in natura*, devendo constar nos rótulos de todos, em destaque e no painel principal, as expressões “(nome do produto) transgênico”, “contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)” ou “produzido a partir de (nome do produto) transgênico”, necessariamente em conjunto com símbolo que viria a ser definido por ato do Ministério da Justiça (artigo 2º, § 1º).

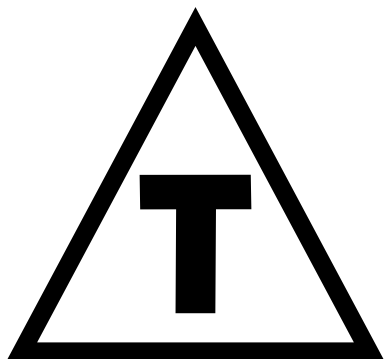
Ademais, o Decreto nº 4.680/2003 ainda estabelece, em seu artigo 2º, § 2º, a necessidade de identificação da espécie doadora do gene junto com os demais ingredientes, o que se afigura de grande relevância

³Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003: “Art. 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto. [...] § 3º A informação determinada no § 1º deste artigo também deverá constar do documento fiscal, de modo que essa informação acompanhe o produto ou ingrediente em todas as etapas da cadeia produtiva” (BRASIL, [2003a]).

para aqueles consumidores que sofrem de reações alérgicas a determinados alimentos (PELLANDA, 2013, p. 106). O Decreto também prevê a possibilidade de que os alimentos que não contenham transgênicos ou não sejam produzidos a partir de OGMs sejam rotulados como produtos “livres de transgênicos”, desde que existam similares transgênicos no mercado brasileiro.

Como apontado acima, no rótulo do produto, junto da referência escrita sobre a existência do componente transgênico, deverá constar ainda um símbolo específico definido pelo Ministério da Justiça. Esse símbolo, estabelecido pela Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003, tem a seguinte apresentação gráfica:

Símbolo de produto transgênico



Fonte: Brasil (2003b).

Conforme veremos mais detidamente adiante, esse símbolo se tornou uma das grandes polêmicas relacionadas à rotulagem de transgênicos, consistindo numa das questões levantadas no PL nº 4.148/2008, atualmente em tramitação.

Importa anotar ainda a participação dos órgãos governamentais e da sociedade civil organizada no processo de elaboração desses marcos normativos que estabeleceram a ro-

tulagem dos produtos. Nesse sentido, quando da realização de audiência pública sobre a proposição legislativa em tramitação, a então representante da Secretaria Nacional do Consumidor, vinculada ao Ministério da Justiça, mencionou que à época da elaboração do Decreto nº 4.680, de 2003, e da Portaria nº 2.658, de 2003, além da participação dos diversos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, foi aberta também uma consulta pública, com ampla participação da sociedade sobre a definição do símbolo que iria informar sobre a transgenia (BRASIL, 2015b, p. [12-13]).

Muito embora esse conjunto de normas tenha em muito avançado para a garantia do direito à informação do consumidor, que tem mais chances de optar pelo consumo ou não de produtos que contenham OGMs no contexto de incerteza científica sobre seus potenciais riscos ou danos, sua edição não foi – nem é – imune a polêmicas políticas e jurídicas. Duas ordens de críticas logo se colocaram em relação à regulamentação da matéria.

Os defensores da rotulagem criticam a fixação de qualquer percentual mínimo de OGMs contido no produto, conforme estabelecido pela atual legislação, que só exige a indicação da natureza transgênica se ultrapassado o limite de um por cento na sua composição. A fixação dessa espécie de “limite de tolerância” é considerada por muitos arbitrária, já que não existe qualquer evidência científica sobre se tal porcentagem seria segura para o consumo de tais alimentos (ROSIÈRE, 2013, p. 112).

Nesse sentido, diversas foram as demandas judiciais sobre a rotulagem de produtos compostos por transgênicos. Uma delas entrou no mérito da temática de pesquisa: foi a decisão monocrática proferida nos autos da Reclamação Constitucional nº 14.873 (BRASIL, 2016a), movida diante dos resultados

da Ação Civil Pública nº 2001.34.00.022280-6/DF (BRASIL, 2009) em que se postulou fosse a União impedida de autorizar ou permitir a comercialização de qualquer alimento, embalado ou *in natura*, contendo OGMs, sem a expressa referência desse dado em sua rotulagem, independentemente do percentual e de qualquer outra condicionante, devendo-se assegurar que todo e qualquer produto geneticamente modificado ou contendo ingrediente geneticamente modificado fosse devidamente identificado. Ajuizada em 2001 pelo Ministério Público Federal e o Instituto de Defesa do Consumidor, o pleito recebeu sentença favorável, confirmada em apelação de 2012, cujos fundamentos são a hierarquia normativa entre o direito à informação previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o percentual de 1% previsto no Decreto 4.680, de 2003, a ensejar limitação incompatível com a norma superior. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal foi movimentado via Reclamação Constitucional com base em suposta violação à cláusula de reserva de plenário para declaração de inconstitucionalidade. Em liminar datada de 2012, foi deferida medida para sustar a eficácia dos atos decisórios por força do conflito federativo que se suscitou após o ingresso do Estado do Rio Grande do Sul na lide, sendo posteriormente julgada improcedente em 2016 ao não ser reconhecida qualquer ponderação sobre a constitucionalidade do texto legal nos fundamentos das decisões reclamadas, resultado confirmado em agravo regimental (BRASIL, 2012, 2016a, 2016b). Como foram interpostos recursos especiais e extraordinários em face do acórdão de segunda instância que ainda não foram remetidos ao STJ, a discussão judicial ainda pode estar longe do seu trânsito em julgado.

De outro lado, sempre houve também duras críticas de opositores da rotulagem quanto

a sua forma ou a seus critérios. O principal argumento nesse sentido, que de certa maneira também perpassa pelos demais, dá-se em torno da questão econômica, sobretudo sobre a suposta dificuldade de verificação e fiscalização dos produtos rotulados⁴ e a consequente elevação dos custos de produção, que seriam repassados aos consumidores, inviabilizando a produção. Outros argumentos que merecem destaque são: (a) a suposta falta de evidências científicas tanto para a caracterização de danos à saúde do consumidor, quanto para a detecção dos organismos transgênicos no produto final; e (b) a suposta discriminação negativa do produto em vista da aposição do símbolo T, que seria capaz de induzir o consumidor ao erro de acreditar haver algum problema com o produto, fazendo-o optar pelo produto não transgênico.

Conforme será visto no próximo capítulo, tais argumentos contrários à rotulagem dos produtos de natureza transgênica estão de certa maneira compilados na proposição legislativa atualmente em tramitação no Congresso Nacional – trata-se do Projeto de Lei nº 4.148/2008 (ou Projeto de Lei da Câmara nº 34/2015, tal como atualmente é nomeado no Senado Federal).

4 O PL nº 4.148/2008 (PLC nº 34/2015): trâmite legislativo e dialética em construção

Em outubro de 2008, o deputado federal gaúcho Luis Carlos Heinze, conhecido integrante da chamada Frente Parlamentar Agropecuária, apresentou à Câmara dos

⁴ Argumentos nesse sentido são encontrados tanto em relação ao critério de detectabilidade quanto de rastreabilidade, diga-se.

Deputados o Projeto de Lei nº 4.148 (BRASIL, 2008a), com o objetivo de alterar e acrescentar dispositivos à Lei nº 11.105, de 2005, a já mencionada Lei de Biossegurança atualmente em vigor. Tal como apresentado, o projeto aparentemente simples e sucinto pretende transpor para a lei a regulamentação da rotulagem dos produtos com presença de OGMs, que atualmente é regida pelo Decreto nº 4.680/2003.

Seu texto lacônico encerra, todavia, uma extensa gama de polêmicas e debates sobre essa complexa temática. A seguir serão explorados os argumentos suscitados no interior dessas discussões, levantando reflexões à luz do direito à informação; antes, porém, será necessária uma breve exposição e análise do processo de tramitação desse projeto de lei, bem como a identificação de seus pontos centrais.

4.1 Pontos centrais do Projeto e histórico de tramitação

O Projeto de Lei nº 4.148, de 2008 (atualmente, Projeto de Lei da Câmara nº 34, de 2015, doravante apenas PL), foi originalmente apresentado contendo apenas dois artigos, com o intuito de alterar a redação do *caput* e também acrescentar três parágrafos ao artigo 40 da Lei de Biossegurança, que atualmente se limita a mencionar a necessária rotulagem dos produtos destinados ao consumo humano ou animal que contenham OGMs ou derivados em sua composição, sem contudo estabelecer critérios para tanto, deixando aberta a matéria à regulamentação por decreto⁵.

Num primeiro momento, portanto, um dos objetivos do PL era o estabelecimento de regras específicas sobre a rotulagem dos produtos dentro da Lei de Biossegurança, retirando do Poder Executivo a discricionariedade para a regulamentação da matéria, conforme previa a redação original prevista para o § 3º do artigo 40⁶.

Assim, pela redação inicial apresentada à Câmara dos Deputados, pode-se vislumbrar que a regulamentação da matéria pelo PL está baseada em três eixos básicos, conforme bem assentado em sua justificção: (a) a alteração do atual critério de *rastreabilidade* para o critério de *detectabilidade*, para o fim da verificação da composição do produto;

⁵ Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005: “Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento” (BRASIL, [2007]).

⁶ Projeto de Lei nº 4.148, de 2008 (redação inicial): “Art. 2º Acresce-se ao artigo 40 da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, os §§ 1º, 2º e 3º, com a seguinte redação: [...] § 3º. O direito à informação para os alimentos que envolvam organismos geneticamente modificados está disciplinado exclusivamente neste artigo e a sua não observância implicará na aplicação das penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor e demais normas aplicáveis” (BRASIL, 2008a, p. [1-2]).

(b) a fixação em lei do *limite de um por cento* de componentes detectáveis, abaixo do qual o produto será isento da rotulagem; (c) o estabelecimento, na Lei, do próprio formato da informação que constará do rótulo, notadamente para a retirada do símbolo T. Para melhor ilustrar, convém a menção à redação inicial do PL nº 4.148, de 2008, para a comparação com o atual regramento:

Art. 1º O *caput* do artigo 40 da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 40. Os rótulos dos alimentos destinados *ao consumo humano*, oferecidos em *embalagem de consumo final*, que contenham organismos geneticamente modificados, *com presença superior a 1% de sua composição final, detectada em análise específica*, deverão informar o consumidor, a natureza transgênica do alimento.

Art. 2º Acresce-se ao artigo 40 da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, os §§ 1º, 2º e 3º, com a seguinte redação:

§ 1º A informação estabelecida neste artigo deve constar nos rótulos dos alimentos embalados na ausência do consumidor, bem como nos recipientes de alimentos vendidos a granel ou *in natura* diretamente ao consumidor, devendo ser grafada, em destaque, de forma legível, utilizando-se uma das seguintes expressões, dependendo do caso: “(nome do produto) transgênico” ou “contém (nome do ingrediente) transgênico”.

§ 2º Aos alimentos que não contenham organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem “livre de transgênicos”, desde que tenham similares transgênicos no mercado brasileiro e comprovada a total ausência no alimento de organismos geneticamente modificados, *através de análise específica*.

§ 3º O direito à informação para os alimentos que envolvam organismos geneticamente modificados *está disciplinado exclusivamente neste artigo* e a sua não observância implicará na aplicação das penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor e demais normas aplicáveis (BRASIL, 2008a, p. [1-2], grifos nossos).

Quanto aos dois primeiros eixos nucleares – a alteração do critério de verificação para a detectabilidade e a fixação do limite de um por cento – foram previstos, como se vislumbra, pela nova redação prevista para o *caput* do artigo 40 da Lei de Biossegurança. Nesse ponto, comparando-se a redação do PL com a atual disposição sobre a matéria, constante do artigo 2º do Decreto nº 4.680/2003⁷, percebe-se o claro esforço para a ex-

⁷Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003: “Art. 2º Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto” (BRASIL, [2003a]).

plicitar a adoção do critério de detectabilidade – “de sua composição final, detectada em análise específica” –, o que é complementado pela não reprodução, no PL, do dispositivo relativo ao rastreamento dos componentes transgênicos via indicação no documento fiscal, em toda a cadeia produtiva (artigo 2º, § 3º, do Decreto já mencionado).

Quanto à informação contida no rótulo, o PL também retira a necessidade de aposição de símbolo específico (como o atual símbolo T) junto à informação de transgenia (artigo 40, § 1º), bem como da indicação da espécie doadora do gene, pela não reprodução do atual artigo 2º, § 2º do Decreto nº 4.680/2003. Além disso, pela redação que seria dada ao *caput* do artigo 40, conforme o projeto original, percebe-se também que ele ainda procurava restringir a rotulagem apenas aos alimentos destinados ao consumo humano, tornando desnecessária a regra para produtos de consumo animal. Ademais, o PL também deixa de exigir a rotulagem de alimentos e ingredientes produzidos “a partir de animais alimentados com ração contendo ingredientes transgênicos”, conforme é a atual disposição do artigo 3º do Decreto nº 4.680/2003.

Inicialmente o PL nº 4.148/2008 acabou apensado ao PL nº 5.848/2005 (BRASIL, 2005), que basicamente previa a transposição das regras do Decreto nº 4.680/2003 para a Lei de Biossegurança, tendo sua tramitação sido realizada com a deste último. A proposição principal, o PL nº 5.848/2005, todavia, recebeu pareceres contrários nas Comissões de Defesa do Consumidor e de Constituição e Justiça daquela Casa, razão pela qual foi arquivado, tendo o PL nº 4.148/2008 seguido para o Plenário ainda no ano de 2009.

Muito embora tenha levado mais de seis anos, o PL não sofreu intercorrências de vulto durante a tramitação. Anote-se aqui que, du-

rante sua passagem pela Câmara, não houve um debate profundo com a sociedade por meio de audiências ou consultas públicas.

Após anos de adiamento de sessões, obstruções e de retiradas de pauta, o Plenário da Câmara dos Deputados finalmente apreciou a matéria na sessão do dia 28 de abril de 2015, aprovando o PL. Nessa sessão foram apresentadas algumas poucas emendas que, apesar de aprovadas, não foram capazes de alterar substancialmente o conteúdo do Projeto de Lei nº 4.148, conforme se depreende da redação final, encaminhada ao Senado Federal:

Art. 1º O art. 40 da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 40. Os rótulos dos alimentos *e dos ingredientes alimentares* destinados ao consumo humano *ou animal*, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham *ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados* com presença superior a 1% (um por cento) de sua composição final, detectada em análise específica, *conforme regulamento*, deverão informar ao consumidor a natureza transgênica do alimento.

§ 1º A informação estabelecida neste artigo deve constar nos rótulos dos alimentos embalados na ausência do consumidor, bem como nos recipientes de alimentos vendidos a granel ou *in natura* diretamente ao consumidor, devendo ser grafada, em destaque, de forma legível, utilizando-se uma das seguintes expressões, conforme o caso, ‘(nome do produto) transgênico’ ou ‘contém (nome do ingrediente) transgênico’.

§ 2º Aos alimentos que não contenham organismos geneticamente modificados será facultada a rotulagem ‘livre de transgênicos’, comprovada a total ausência no alimento de organismos geneticamente modificados, por meio de análise específica.

§ 3º A informação de que trata o § 1º deverá atender ao tamanho mínimo de letra definida no Regulamento Técnico de Rotulagem Geral

de Alimentos Embalados” (BRASIL, 2015a, p. 1-2, grifos nossos).

Pelos trechos alterados, em destaque acima, percebem-se, além de adequações de texto, algumas alterações pontuais na redação final aprovada na Câmara em relação ao texto encaminhado inicialmente. A primeira delas é a previsão de regulamentação por decreto dos métodos de “análise específica” para a detectabilidade dos componentes transgênicos no produto final, retirando-se a restrição da regulação da matéria unicamente pela lei, conforme antes previa o § 3º (que atualmente apenas indica parâmetro para a informação prevista no § 1º). Outras alterações que merecem destaque são o retorno, no *caput* do artigo 40, da necessidade de rotulagem também para os alimentos destinados ao consumo animal e a possibilidade de que produtos, “comprovada a total ausência” de OGMs por meio de “análise específica”, sejam rotulados como “livres de transgênicos” mesmo que não existam similares transgênicos no mercado nacional (exigência atualmente prevista pelo artigo 4º do atual Decreto nº 4.680/2003).

Apesar dessas alterações pontuais mencionadas, o cerne do PL tal como encaminhado à apreciação do Senado Federal não foi alterado – seu núcleo central, portanto, mantém-se em torno da alteração do critério de verificação dos componentes transgênicos no produto, bem como da fixação em lei do percentual de “limite de tolerância” e do estabelecimento de regras mais flexíveis sobre o formato e informações constantes da rotulagem.

Recebido no Senado Federal, o PL passou a se chamar Projeto de Lei da Câmara nº 34, de 2015. Nessa Casa, o projeto ainda se encontra em tramitação, tendo já recebido pareceres de três comissões. O primeiro, da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) (BRASIL, 2015c), que opi-

nou pela rejeição do PL, com base em relatório do senador Randolfe Rodrigues, após a realização de audiência pública em reunião conjunta com a Comissão de Meio Ambiente (CMA). Na Comissão de Agricultura e Reforma Agrária (CRA), o PL recebeu parecer favorável com base em relatório do senador Cidinho Santos (BRASIL, 2017c). Apesar da aprovação nesta última comissão, o PL recebera voto em separado da senadora Regina Sousa (BRASIL, 2017d) pela sua total rejeição, com base na limitação do direito à informação e à livre escolha do consumidor, nos gastos implicados nas análises pelo critério de detecção *a posteriori* e possíveis prejuízos à saúde dos consumidores em vista do limite de tolerância de 1%, previsto pelo projeto. Em recente deliberação da Comissão de Assuntos Sociais (CAS), o PL recebeu novo parecer contrário, com base no relatório da Senadora Vanessa Grazziotin, apesar de voto em separado do Senador Cidinho Santos pela aprovação. Atualmente, conforme informações do sítio eletrônico do Senado, o Projeto segue tramitação na Comissão de Meio Ambiente (CMA), aguardando designação de relator.

Como se pode perceber, durante a atual fase de tramitação no Senado Federal, o PL passou a ser discutido com maior participação da sociedade civil organizada e de demais órgãos públicos – o que se evidencia pela realização de audiência pública para a discussão do projeto e também da abertura de consulta pública via internet por meio do portal *e-Cidadania*⁸. Dessa forma, é nessa Casa que se percebe um fortalecimento dos debates e polêmicas em torno da temática, que se estabelece uma discussão mais profunda sobre os argumentos favoráveis e

⁸ Até a data de fechamento deste artigo, 30 de junho de 2017, foram contabilizados 15.857 votos, sendo 871 a favor da proposição e 14.986 contra (CONSULTA..., [200-]).

contrários à proposição. Cabe a partir de agora a identificação de tais argumentos e seu exame na perspectiva do direito à informação, dado o atual contexto da sociedade de risco, tal como exposto na primeira seção.

4.2 Debates do mérito legislativo

Com o intuito de identificar as premissas legislativas e os fatos legislativos em que se assenta o PL em questão, serão apresentadas as discussões políticas relativas aos três eixos básicos presentes em sua justificativa: (a) o *critério de detectabilidade* para o fim da verificação da composição do produto; (b) a fixação em lei do *limite de um por cento* de componentes detectáveis e (c) o *formato da informação* que constará do rótulo, especificamente a retirada do símbolo T.

Nas razões do PL nº 4.148, de 2008, é presuposta a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade ao direito à informação na medida em que o rótulo de alimentos compostos por transgênicos não poderia ser uma ferramenta de contrapropaganda, mas somente deveria esclarecer as características e propriedades dos alimentos sem induzir a erro, falso entendimento ou incluir conteúdo inútil. Isso porque, de acordo com a justificativa do PL, a questão da biotecnologia no Brasil fora “extremamente politizada”, tendo a atual legislação e o formato da rotulagem por ela estabelecido servido como mecanismo de segregação dos produtos de origem transgênica, levando o consumidor à desinformação.

Uma crítica geral à afirmação acima foi proferida pelo Procurador da República Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, representante do Ministério Público Federal na audiência pública realizada em 12 de agosto de 2015. O Procurador defendeu a inconstitucionalidade do PL por violar o direito à informação do

consumidor ao diminuir o grau da informação pelos critérios eleitos para rotulagem, considerando o ato de consumo fundamental para o exercício da cidadania ao incentivar ou desincentivar a atividade produtiva baseada em transgênicos, com o conhecido uso intensivo de agrotóxicos. Para o exercício desse direito de apoiar ou não esse processo produtivo, referiu ser necessária a informação e afirmou que a própria autorregulação do mercado será aperfeiçoada se o consumidor tiver meios para saber se o seu consumo está incentivando práticas que reduzam a agrobiodiversidade, por exemplo (BRASIL, 2015d).

A seguir, serão sintetizados os demais argumentos levantados nas discussões e debates com a sociedade civil organizada e demais órgãos públicos durante a tramitação no Senado Federal, quanto aos pontos centrais do Projeto de Lei.

4.2.1 Detectabilidade versus rastreabilidade

De acordo com a justificativa do PL, o *critério de detectabilidade* é apresentado como solução para suprir os inconvenientes da rastreabilidade: dificuldades operacionais e econômicas pelo aumento do custo de produção para certificação baseada na rastreabilidade e consequente elevação do preço final; desvantagem competitiva no mercado internacional em relação a produtos estrangeiros não rastreados e não rotulados, acarretando tratamento desigual; imprecisão técnico-científica para rastrear OGMs; possibilidade de que durante o transporte e armazenagem de grãos ocorra agregação não intencional de OGMs; risco de desabastecimento pelos fornecedores estrangeiros que não disponham de tais processos de certificação (BRASIL, 2008a, p. [4-5]).

Todavia, segundo Maurício Guetta, advogado integrante do Instituto Socioambiental

(ISA), um primeiro e “nefasto” efeito desse que é o ponto nuclear do PL seria a ausência de rotulagem sobre a origem transgênica para a grande maioria dos produtos com presença de OGMs. Isso porque, de acordo com parecer técnico conjunto encaminhado pelo ISA, IDEC – representado por Ana Paula Bortoletto Martins – e pela a Organização Terra de Direitos (OTD) – representada por André Dallagnol, diversos profissionais e especialistas da área atestam que a detecção da origem transgênica, se realizada ao final do processo produtivo, não será possível em muitos casos, justamente porque na maioria dos alimentos processados na indústria há uma “quebra” do material genético, impedindo a identificação da origem transgênica por análise laboratorial. No mesmo sentido apontaram a representante da Secretaria Nacional do Consumidor (Ministério da Justiça), Andiana Maranhão, a socióloga e professora da PUC Marijane Vieira Lisboa, e o representante da OTD (BRASIL, 2015b, 2015c). Os representantes do IDEC e da OTD ainda recordaram que outro efeito decorrente disso seria o resultado teratológico de se ter um alimento produzido a partir de transgênicos rotulado como “livre de transgênicos”, conforme autorizado pela redação prevista ao artigo 40, § 2º.

Ademais, a professora Marijane Lisboa anota a invalidade da justificativa relativa aos supostos altos custos do critério de rastreabilidade, pois ele se assenta na simples indicação da origem da matéria prima pelo produtor no documento fiscal, o que é repassado a toda a cadeia produtiva (BRASIL, 2015b, p. [26]). Ao contrário, é o critério da detectabilidade que torna necessários exames laboratoriais de elevados custos, informação também corroborada pela representante do Ministério da Agricultura, Abastecimento e Pecuária, Juliana Ribeiro Alexandre, para quem a análise de uma única amostra de produto oriundo de animal alimentado com OGMs poderia atingir o valor de R\$ 5.700,00 (BRASIL, 2015b, p. [14]).

Corroborando esse argumento relativo ao aumento dos custos, João Tavares Neto, Superintendente de Alimentos e Correlatos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), manifestou que o novo critério exigiria o teste de todos os lotes de alimentos destinados ao consumo independentemente da rastreabilidade ou não da sua cadeia. Referiu que a análise conforme normas do *Codex Alimentarius* acarreta a destruição das amostras dos lotes, além de exigir quarentena até que os resultados sejam conhecidos, majorando custos de armazenamento e reduzindo a vida útil dos produtos. Diante disso, haveria desvantagem competitiva para os pequenos agricultores e pequenas indústrias que não teriam como arcar com esse aumento de custos, sendo mais ágil inclusive para a ANVISA o controle por rastreabilidade de toda a cadeia de produção (BRASIL, 2015d).

4.2.2 Fixação do “limite de tolerância” de um por cento

Quanto à fixação do limite de um por cento, a justificativa do projeto se baseia na falta de “conteúdo científico” e menciona que esse limite de isenção de rotulagem se assentaria, portanto, em bases econômicas, ou seja, nos custos resultantes da “segregação” da matéria-prima convencional da transgênica em toda a cadeia produtiva.

Nesse sentido, como já mencionado, foram diversas as disputas judiciais com o objetivo de afastar esse “limite de tolerância” em defesa dos direitos dos consumidores, inclusive com decisões nesse sentido (BRASIL, 2012). Quanto a esse ponto, João Tavares Neto, representante da ANVISA na Audiência Pública realizada no Senado Federal, sustentou que a alteração para um por cento detectável no produto final reduziria o número de alimentos identificados como transgênicos, impedindo o acesso do consumidor à informação (BRASIL, 2015d).

4.2.3 Formato da informação

No que tange ao formato da informação, a justificativa apresentada pelo PL para que não constasse a *identificação da espécie doadora do gene* nos rótulos das embalagens era de que seria de difícil compreensão, contrariando o CDC, que exige uma informação clara (BRASIL, 2008b). A representante do IDEC ressaltou a relevância dessa identificação para pessoas com alergias alimentares, partindo ainda da premissa de que, se fôssemos excluir todas as informações que o consumidor tem dificuldade de entender, teríamos o contrassenso de eliminar grande parte da tabela de nutrientes da lista de ingredientes (BRASIL, 2015d).

Em relação aos fundamentos apresentados para *afastar o símbolo T*, criado pela Portaria MJ nº 2.658, de 2003, a proposta legislativa menciona a existência de normas sobre rotulagem de alimentos previstas no Mercosul e no *Codex Alimentarius*, aduzindo também a ausência de precedente internacional ou paralelo na legislação doméstica estrangeira instituindo o símbolo, bem como a correspondência do triângulo amarelo e preto com a ideia de risco no consumo do produto (BRASIL, 2008b).

Todavia, se a noção de risco associada ao cultivo de transgênicos é rechaçada na proposição legislativa, Paulo Kageyama, professor da Universidade de São Paulo e membro do CTNBio, atacou a suposta incerteza científica sobre esses riscos ao enumerar estudos desde 2005 a indicar o efeito oncogênico do glifosato, herbicida utilizado em 90% dos transgênicos agrícolas cultivados no Brasil, e associado à incidência de mielomas múltiplos, abortos e malformação de fetos. Destacou ainda

que são necessários quatro meses de controle para detecção de tumores cancerígenos em ratos machos, e que as análises, inclusive as realizadas pela CTNBio, adotam 3 meses apenas, o que explica o suposto dissenso científico. Por fim, trouxe uma revisão científica de 600 publicações sobre o tema, que demonstram a insegurança dos OGMs, bem como o aumento de 10% ao ano de casos de câncer no Brasil, justamente um dos países com maior uso de glifosato em cultivos transgênicos (BRASIL, 2015d).

Por outro lado, a professora Marijane Lisboa pontua a enorme polêmica em relação à segurança dos transgênicos, definindo-a como uma “situação de polêmica científica” – “aquela em que os cientistas, por mais capacitados que sejam e disponham de um mesmo arcabouço de teorias e métodos, não são capazes de chegar a uma conclusão” (BRASIL, 2015b, p. [7]).

Ana Paula Bortoletto Martins, do IDEC, desconstrói a suposta ausência de paralelo internacional sobre o formato do símbolo, com base em dados incontrastáveis publicados na revista *Nature Biotechnology*, que relaciona 60 países em que a rotulagem é obrigatória. Além disso, segundo a representante do IDEC, o projeto proposto iria na contramão da tendência regulatória mundial, pois a União Europeia, Nova Zelândia e Japão já haviam proibido o cultivo e a comercialização de OGMs, o que implicaria claros riscos para a economia. Prossegue afirmando que o *Codex Alimentarius* elenca a rotulagem de transgênicos como meio de gerenciamento de riscos para esses e outros alimentos derivados da biotecnologia moderna. Ao encerrar sua contribuição, informa o resultado de análise semiótica do símbolo T, concluindo que seu formato em amarelo com preto atrairia o olhar e assim cumpriria a função de trazer informação com

clareza ao consumidor, apontando ser necessário cumulativamente a expressão “contém ... transgênico” a fim de que a população assimile culturalmente o símbolo (BRASIL, 2015d).

Em consonância, a OTD avaliou que a pesquisa produzida pela indústria e pela CBio demonstrou o percentual ínfimo de 1% da população a associar o símbolo dos transgênicos a algo danoso à saúde, de modo que o formato atual não criminaliza os transgênicos como chegou a ser levantado. Ademais, o símbolo seria mais didático do que a expressão “contém transgênico” em razão de parte da população não ser alfabetizada. Por fim, destacou existir a possibilidade de um “efeito dominó” para pior na legislação internacional já que o Brasil tem sido referência em biossegurança a partir do Protocolo de Cartagena. Nesse sentido, é relevante anotar ainda a posição final da ANVISA, contrária ao estabelecimento por lei do formato do rótulo, avaliando que isso dificulta a sua atualização conforme inovações tecnológicas, demandas da sociedade, harmonizações com fóruns internacionais e pesquisas, evolução da compreensão do consumidor (BRASIL, 2015d).

Ao cabo, a justificação do PL nº 4.148, de 2008, também excluía a rotulagem de alimentos e ingredientes produzidos a partir de animais nutridos com ração composta de transgênicos (doravante mencionada *rotulagem indireta* a fim de facilitar a análise) porque o mercado internacional não teria regras de rotulagem sobre esse ponto e, por essa razão, provavelmente entenderia a exigência de rótulo como barreira não tarifária, o que poderia gerar respostas internacionais de restrições nas exportações (BRASIL, 2008b). Entretanto, para Ana Paula Bortoletto Martins (IDEC), desobrigar a *rotulagem indireta* também significa um relaxamento do controle sanitário e da origem dos alimentos de animais, o que

impede que o consumidor tenha informações sobre a rastreabilidade da matéria-prima de rações animais (BRASIL, 2015d).

5 Considerações finais

O histórico de ingresso dos organismos geneticamente modificados na agricultura brasileira, o aperfeiçoamento da legislação e os atuais debates em torno da rotulagem dos produtos que contenham transgênicos em sua composição evidenciam que a temática é atravessada por grandes polêmicas científicas a respeito dos potenciais riscos e danos da utilização de OGMs. Tais polêmicas envolvem tanto os resultados de estudos diversos quanto a metodologia utilizada em sua execução. Os dissensos científicos seriam também típicos de um paradigma social fundado num avanço sem precedentes de tecnologias cujos riscos não se podem mensurar completamente.

O espaço de debate em torno do PL nº 4.148/2008 tem sido um espaço de denúncia dos riscos e das estratégias existentes tanto para sonegar informações – e informação sonogada é bom pano de fundo para a desinformação – quanto para evidenciar as relações entre o cultivo de alimentos baseados em OGMs, o aumento do uso de agrotóxicos e a consequente recrudescência de câncer. Todavia, ainda estamos longe da modernidade reflexiva que pressupõe uma participação da subpolítica nas decisões sobre os riscos que a sociedade escolhe correr.

Quanto à atual redação do PL nº 4.148/2008, a primeira conclusão é que seu núcleo central se constitui, sem dúvida, na alteração do critério de rastreabilidade para o critério da detectabilidade, como foi bem apontado por alguns dos representantes envolvidos nos debates durante sua tramitação. Isso porque, mesmo havendo alterações quanto ao formato do conteúdo da informação, mantendo-se o critério da rastreabilidade tal como na atual regulamentação, o número de produtos a serem rotulados ao final se manteria o mesmo, ao passo que a verificação por “análise específica” do produto final pode acabar impedindo a detecção do organismo transgênico ali contido. Assim, inevitavelmente, ao prosperar esse núcleo central do PL, diversos produtos que possam conter organismos transgênicos acabarão sendo excluídos da regra de rotulagem, induzindo o consumidor ao erro, pois dois produtos com OGMs em sua composição podem ser postos no mercado, um rotulado e outro não rotulado. Além disso, também é certo que, com essa alteração dos critérios de verificação, haverá a possibilidade do “resultado teratológico” de um produto ser rotulado como “livre de transgênicos”, mesmo contendo OGMs entre seus ingredientes.

Por sua vez, a exclusão da rotulagem indireta contradiz as razões econômicas do critério de detectabilidade. Em relação a esse ponto, as vozes do mercado sustentam, por um lado, a inviabilidade desse tipo de rotulagem devido à desvantagem competitiva da produção doméstica em relação aos concorrentes estrangeiros que não teriam tal obrigação pelo custo acrescido; por outro lado, dizem que a rotulagem indireta teria o potencial de ser interpretada como barreira não tarifária, uma proteção do mercado interno de forma desleal ao comércio internacional. Assim, ora o rótulo serve de substrato para desvantagem interna, ora como vantagem competitiva em relação ao exterior.

As contradições revelam a coerência da ideologia de mercado: sua linha condutora nada mais é do que uma difusão estratégica de frases de efeito sem qualquer compromisso com a produção de sentido, com o significado material a que se refere. A técnica utilizada é a de uma linguagem clara e concisa, coerente com uma única finalidade: barrar a todo custo a politização do consumo, mantendo a cultura do segredo sobre os efeitos socioambientais da produção transgênica. A discussão sobre o direito à informação é esvaziada em diversos momentos, chegando a priorizar o debate econômico em detrimento da promoção da liberdade de escolha do consumidor.

Situação idêntica a essa se dá quanto à fixação de um percentual (já existente, recorde-se) como “limite de tolerância” para a rotulagem. Admitem que tal percentual não teria qualquer fundamento científico para a constatação de algum possível risco envolvido no consumo do produto. No entanto, se o direito à informação se assenta sobretudo no acesso do consumidor a informações claras sobre a composição integral e a todas as características do produto, por certo que deixar de rotular alimentos que contenham, mesmo em ínfima parcela, organismos transgênicos, também seria uma patente violação desse direito.

Outro aspecto de relevância trazido pelo Projeto de Lei, ainda que não nuclear, diz respeito à retirada do símbolo T previsto pela atual regulamentação da matéria. O que se percebe dos debates travados durante a tramitação é que muitas vezes esse ponto é colocado como central, nuclear do PL, e utilizado para tangenciar a finalidade de alteração do critério de verificação dos componentes transgênicos.

Diante do risco do consumo e do cultivo de transgênico e do esquecido princípio da precaução, não poderia ser escolhido um símbolo convidativo ou “neutro”. Além disso, as pesquisas apresentadas indicam que a advertência que o símbolo busca transmitir não é percebida por grande parte dos consumidores. Ainda que fosse o contrário, a assinalação do risco possibilita uma democratização das decisões e torna viável o exercício da cidadania pelo consumo de alimentos. Ao revés, a proposição nos moldes atuais

oculta a informação, numa expressão demasiado moderna em tempos cada vez mais propensos a ressignificações de estruturas ultrapassadas.

A preocupação expressa pelo projeto é antes com a politização do consumo, apontada como um efeito negativo que deveria ser evitado por tornar ideológica a compra. Na verdade, esse raciocínio toma por não ideológica, por neutra, a desinformação sobre os processos produtivos que estamos incentivando ao consumir qualquer produto. Essa alienação estratégica faz parte de um mecanismo mais amplo do capitalismo: para maximizar os lucros, processos produtivos altamente exploratórios, agrupados na categoria econômica de externalidades, fazem recair efeitos deletérios e altamente negativos sobre seres humanos, comunidades e ecossistemas.

Entendemos que o medo da “devastação informativa” do rótulo T também é uma cortina de fumaça em torno do modelo produtivo: não são exatamente os transgênicos que constituem o verdadeiro problema, mas, para além disso, as suas externalidades. Nesse sentido, muitos estudos têm apontado o aumento do uso de agrotóxicos e, conseqüentemente, da contaminação ambiental e seus efeitos sobre a água potável, a alimentação saudável e adequada. Soma-se ao quadro de externalidades a consolidação de uma agricultura dependente de corporações de sementes, a pressão contra modelos produtivos diversos do hegemônico, como agroecologia e orgânicos, além do estado de vulnerabilidade em que a saúde pública e de agricultores é colocada pela pouca importância governamental atribuída à infraestrutura e à independência dos órgãos responsáveis pelo registro de agrotóxicos e pelo controle da biossegurança nacional.

Trata-se, com todas as letras, de uma pretensa neutralidade que tem por fim despolitizar a própria política. Do ponto de vista da crítica, essa doutrina da neutralidade alinha-se bem ao discurso do desenvolvimento sustentável cuja ênfase na despolitização da crise ecológica tenta defender a continuidade da racionalidade econômica nos processos produtivos, a qual não compatibiliza mais a reprodução do crescimento econômico sem freios à devastação socioambiental gerada por esse processo de apropriação de riquezas (LEFF, 2000, p. 289-293).

Sobre os autores

Jerônimo Siqueira Tybusch é doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; professor em programas de pós-graduação na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; coordenador

de planejamento acadêmico e pró-reitor adjunto da pró-reitoria de graduação na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; membro da diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, gestão 2017-2020.

E-mail: jeronimotybusch@ufsm.br

Igor Mendes Bueno é graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; advogado em Santa Maria, RS, Brasil.

E-mail: igormendesbueno@outlook.com.br

Leonardo Ferreira Pillon é graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; advogado em Santa Maria, RS, Brasil.

E-mail: leofpillon@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; BUENO, Igor Mendes; PILLON, Leonardo Ferreira. Transgenia, sociedade de risco e direito do consumidor à informação: uma análise do PL nº 4.148/2008. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 61-86, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p61

(APA)

Tybusch, J. S., Bueno, I. M., & Pillon, L. F. (2019). Transgenia, sociedade de risco e direito do consumidor à informação: uma análise do PL nº 4.148/2008. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 61-86. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p61

Referências

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.

_____. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós Ibérica, 2006. (Surcos, v. 25).

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.148], de 2008*. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2008a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=605180&filename=PL+4148/2008. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.848], de 2005*. Dispõe sobre a obrigatoriedade de informação nas embalagens e rótulos de produtos que contenham organismos geneticamente modificados em sua composição. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=337330&filename=PL+5848/2005. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Redação final [do] Projeto de Lei nº 4.148-B, de 2008*. Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2015a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1326579&filename=Tramitacao-PL+4148/2008. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, 1998a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 3.871, de 18 de julho de 2001*. Disciplina a rotulagem de alimentos embalados que contenham ou sejam produzidos com organismo geneticamente modificados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3871.htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003*. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2003a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006*. Promulga o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 6.476, de 5 de junho de 2008*. Promulga o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura, aprovado em Roma, em 3 de novembro de 2001, e assinado pelo Brasil em 10 de junho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2008b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6476.htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *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, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995*. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2001b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8974.htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Ministério da Justiça. *Portaria nº 2.658, de 22 de dezembro de 2003*. Definir o símbolo de que trata o art. 2º, § 1º, do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003, na forma do anexo à presente portaria. [Brasília, DF]: Ministério da Justiça, 2003b. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/393963/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf/54200bc1-8c57-4d36-bf1e-2045fcff1919. Acesso em: 7 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Ata da 10ª Reunião Conjunta das Comissões Permanentes, realizada pela Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (29ª Reunião) com a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (32ª Reunião) [...]*. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2015b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3436584&disposition=inline>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Parecer, de 2015*. Da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 34, de 2015, do Deputado Luis Carlos Heinze, que altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Brasília,

DF: Senado Federal, 2015c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3436602&disposition=inline>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Parecer, de 2017*. Da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 34, de 2015 (Projeto de Lei nº 4.148/2008, na Casa de origem), do Deputado Luis Carlos Heinze, que altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. [Brasília, DF: Senado Federal], 2017c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4991542&ts=1546432258834&disposition=inline>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 34, de 2018*. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), para prever a inclusão de requisitos econômicos, sociais e ambientais em empreendimentos habitacionais. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729400&ts=1545334972538&disposition=inline>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Reunião 12/08/2015 – 30ª – Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, Comissão de Meio Ambiente*. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2015d. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/escriva-servicosweb/reuniao/pdf/3693>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Voto em separado*. [Brasília, DF: Senado Federal, 2017d]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=6009721&disposition=inline>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação 14.873/DF*. Agravo regimental em reclamação. Ofensa à súmula vinculante 10 do STF. Suposto afastamento da lei. Não configuração. Agravo improvido [...]. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal; Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de novembro de 2016a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310872170&ext=.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Reclamação 14.873/DF*. Direito do consumidor. Ação civil pública. Obrigação de rotulagem de alimentos que contenham produtos geneticamente modificados em qualquer percentual. Decreto nº 3.871/2001. Decreto nº 4.680/2003. Direito à informação. Constituição Federal, art. 5, XIV [...]. Reclamante: União. Reclamado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=116057087&ext=.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 14.873/DF*. Direito do consumidor. Ação civil pública. Obrigação de rotulagem de alimentos que contenham produtos geneticamente modificados em qualquer percentual. Decreto nº 3.871/2001. Decreto nº 4.680/2003 [...]. Reclamante: União. Reclamado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Min. Edson Fachin, 5 de maio de 2016b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309445895&ext=.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6. Vara). *Ação Civil Pública 1998.34.00.027682-0*. Autor: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Réu: União Federal; Monsanto do Brasil SA; Monsoy Ltda. Relatora: Juíza Ivani Silva da Luz, 5 de novembro de 1998b. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=199834000276820&secao=DF&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5. Turma). *Apelação 2001.34.00.022280-6*. Apelante: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA; União Federal. Apelado: Ministério Público Federal; Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Relator: Des. Federal Presidente, 9 de outubro de 2009. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200134000222806&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 25 jan. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Relatório [da Apelação Cível nº 2001.34.00.022280-6/DF]*. [Brasília, DF]: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2012. Disponível em: http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/2001/0022200/00222432120014013400_2.doc. Acesso em: 25 jan. 2019.

CONSULTA pública – PLC 34/2015. *E-cidadania*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=120996>. Acesso em: 25 jan. 2019.

COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo; MARIN, Victor Augustus. Rotulagem de alimentos que contém organismos geneticamente modificados: políticas internacionais e legislação no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, [Rio de Janeiro], v. 16, n. 8, p. 3.571-3.582, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v16n8/a25v16n8.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Revista Estudos, Sociedade e Agricultura*, [Rio de Janeiro], n. 16, p. 95-112, abr. 2001. Disponível em: <https://revistaesa.com/ojs/index.php/esa/article/view/188/184>. Acesso em: 9 jan. 2019.

KORSTANJE, Maximiliano. Economía del riesgo, un análisis crítico a la mirada de Ulrich Beck. *Revista Economía, Sociedad y Territorio*, Toluca, v. 10, n. 32, p. 275-281, enero/abr. 2010. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11112509011>. Acesso em: 8 jan. 2019.

LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura: racionalidade ambiental, democracia participativa e desenvolvimento sustentável*. Tradução de Jorge Esteves da Silva. Blumenau: Ed. FURB, 2000. (Coleção sociedade e ambiente, v. 5).

MENDEL, Toby. *El derecho a la información en América Latina: comparación jurídica*. Traducción al español, Sabina Trigueros. Quito: Ed. Unesco, 2009.

MOREIRA, Herivelto; CALEFFE, Luiz Gonzaga. *Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. [Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 1992?]. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília, DF: Ed. Unesco, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2019.

PELLANDA, Patrícia Santos Précoma. A sociedade de risco e o princípio da informação: uma abordagem sobre a segurança alimentar na produção de transgênicos no Brasil. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 89-114, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/258/341>. Acesso em: 8 jan. 2019.

ROSIÈRE, Bianca Cobucci. *O direito do consumidor à informação na sociedade de risco e a rotulagem dos produtos transgênicos*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5924/1/61001486.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2019.

SILVA, Rosane Leal da. Use of ICT as instrument for providing the fundamental right of access to public information. In: ALMEIDA, Virgílio Augusto Fernandes (coord.). *TIC governo eletrônico 2013: pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no setor público brasileiro*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. p. 205-211. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_eGOV_2013_LIVRO_ELETRONICO.pdf. Acesso em: 9 jan. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. *A/RES/39/248, 16 April 1985*. [S. l.]: United Nations, 1985. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/21426-21427-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais

Contribuições da interface entre direito e análise do discurso

JOÃO PEDRO CHAVES VALLADARES PÁDUA

Resumo: A interpretação constitucional é um dos principais tópicos de estudo no Direito Constitucional. No entanto, a maioria das teorias sobre o assunto mistura propósitos descritivos com (meta)normativos. O resultado dessa confusão é que as teorias fazem promessas que não são cumpridas na prática. Casos reais de interpretação constitucional geram perplexidades que não se consegue explicar com base nas teorias disponíveis. Este trabalho procura contribuir com o tema, de uma perspectiva empírica. Utilizando conceitos e métodos da análise do discurso, o artigo analisa a fundamentação do voto do ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, no HC 126.252, que reformou a jurisprudência desse tribunal no tema da execução provisória da pena. A análise demonstra que o ministro Roberto Barroso usa dispositivos de categorização para atribuir sentido ao texto do artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de maneira coerente com seus demais argumentos e, ao mesmo tempo, respeitando o referencial semântico do texto constitucional. Discutem-se ainda as consequências desses achados para a teoria da interpretação constitucional.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Presunção de inocência. Execução provisória de pena. Análise do discurso. Categorização.

Categorizations as a method of sense making of constitutional norms: contributions from the interface between law and discourse analysis

Abstract: Constitutional interpretation is one of the main topics of study in Constitutional Law. However, most theories on the subject mix descriptive and (meta)normative aims. The result of this confusion

Recebido em 21/5/18
Aprovado em 17/7/18

is that theories make promises that are not fulfilled in practice. Real cases of constitutional interpretation lead to perplexities that are not explainable with the current theories. This work aims to contribute to this theme, by adopting an empirical perspective. Using concepts and analytical methods from discourse analysis, this paper analyzes Supreme Federal Court ministro Barroso's opinion in Habeas Corpus 126.252, which overturned previous Supreme Court's precedents on the issue of the provisional serving of a penal sentence. Analysis demonstrates that ministro Barroso uses membership categorization devices to make sense of article 5th, item LVII, of Brazilian Constitution in a way coherent with his other arguments, while at the same time being able to claim that he is respecting the semantic reference of said text. Consequences of these findings for the theory of legal interpretation are discussed.

Keywords: Constitutional interpretation. Presumption of innocence. Provisional serving of penal sentences. Discourse analysis. Categorization.

Introdução

Em 17 de fevereiro de 2016, cerca de sete anos depois de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter consolidado sua jurisprudência pela inconstitucionalidade da execução provisória de pena, revertendo jurisprudência anterior que durava cerca de onze anos, o mesmo tribunal tornou a reverter sua jurisprudência na matéria. Por sete votos a quatro, o STF, ao julgar em Plenário o *Habeas Corpus* 126.292 (BRASIL, 2016), repristinou o entendimento que vigorava antes de 2009. Voltava a ser considerado compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado e após a condenação em 2^o grau de jurisdição¹.

¹Nunca ficou inteiramente claro, no julgamento do HC 126.292 e nas decisões que se seguiram, se essa condenação em 2^o grau se limitaria a casos em que o 2^o grau funcionasse como 2^a instância ou se incluiria os casos de foro especial por prerrogativa de função. Isso porque a tese constante do voto do relator, ministro Teori Zavascki ("a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência" (BRASIL, 2016, p. [1])), parecia dar a entender que a execução provisória seria cabível apenas no primeiro caso, já que "grau de apelação" é sinônimo de 2^o grau. No entanto, o ministro Barroso fez longo voto convergente, dando a entender que os casos de foro especial por prerrogativa de função também se sujeitavam à possibilidade de execução provisória (BRASIL, 2016). Ele também propôs uma tese formulada diferentemente, substituindo "grau de apelação" por "em segundo grau de jurisdição": "A

Parte da comunidade jurídica reagiu com indignação à decisão. Juristas ligados ao Processo Penal, ao Direito Constitucional e até o Presidente da OAB/SP atacaram a decisão, qualificada como um retrocesso constitucional. Embora os motivos e a profundidade da crítica tenham variado, um tema foi comum a essas críticas: a decisão do STF teria desrespeitado a CRFB, indo além do que o texto do art. 5º, LVII, significava. Lopes Júnior (2016) chamou a decisão de “nosso 7 a 1 jurídico”. Streck (2016) ecoou o argumento (“Legislativo faz a lei; Judiciário a aplica”) e o expandiu, clamando por “que o Direito tenha autoridade, que não seja corrigido por argumentos políticos/morais e que sejam respeitados os limites semânticos, mormente os do texto constitucional”. Costa (2016) criticou a Corte por “agir como Assembleia Constituinte e invadir o terreno legislativo”.

Como é possível que a mais alta Corte do País, formada por uma maioria de juízes com larga experiência jurídica e formação acadêmica completa, muitos dos quais reconhecidos doutrinadores antes mesmo de entrarem no STF, tome uma decisão por uma maioria de sete a quatro, e essa decisão seja contrária à Constituição? Como podem esses mesmos juízes, que já interpretaram e aplicaram normas constitucionais em diversos casos antes, ter excedido os “limites semânticos da norma”?

O objetivo central deste artigo é dar uma resposta parcial e ainda heurística a essas perguntas e a perguntas correlatas. Na verdade, o artigo aborda uma questão implícita às apresentadas acima: como os juízes – especialmente os ministros do STF – interpretam normas jurídicas?

À primeira vista, a pergunta não parece inovadora. Interpretação de normas constitucionais é um dos principais temas do Direito Constitucional, tanto jurisprudencialmente quanto doutrinariamente². O tema da interpretação de normas em geral teve a sua primeira consolidação monográfica no Brasil ainda no início da década de 1920 (MAXIMILIANO, 2002).

O problema é que, na literatura jurídica brasileira, sempre houve confusão entre descrição e prescrição e, como o Direito é um campo cujo objeto são normas, entre descrição e (meta)normatividade. Isso

execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade” (BRASIL, 2016, p. [54]). O Tribunal não decidiu expressamente sobre qual tese teria sido adotada – até porque não se tratava de recurso extraordinário com repercussão geral. As decisões subsequentes do STF foram inconstantes, mesmo quando tomadas por ministros que votaram com a maioria no HC 126.292. Como o tema substantivo é lateral ao argumento deste artigo, não há necessidade de entrar em maiores detalhes sobre isso neste momento.

² Ver Barroso e Barcellos (2006) e uma revisão da literatura em Pádua (2008).

significa que a explicitação sobre o que os atores jurídicos (especialmente os juízes) fazem ao interpretar normas jurídicas se mistura com parâmetros mais ou menos sistematizados sobre o que eles deveriam fazer para atingir resultados ótimos, segundo métricas variadas (justiça, promoção do desenvolvimento, igualdade, direitos humanos etc.). Como consequência, se alguma decisão usa interpretações que parecem fugir dos parâmetros (meta)normativos da doutrina, a única solução seria qualificar a decisão como errada ou como descumpridora das normas que deveria aplicar. E a teoria, em si, não se alteraria.

Este artigo busca contribuir para mudar esse cenário. Usando metodologia e conceitos da análise do discurso, a decisão do HC 126.292 é tratada como uma fonte de dados sobre os dispositivos discursivos utilizados pelo STF para produzir o sentido da norma constitucional em discussão – o art. 5º, LVII, da CRFB. Especificamente, o artigo vai analisar o voto do ministro Roberto Barroso, que convergiu com o do relator do caso, ministro Teori Zavascki, porém foi mais minucioso e mais explícito nos mecanismos discursivos utilizados. A análise enfocará um mecanismo discursivo – dispositivos de categorização – que a literatura, em outro caso de interpretação constitucional (PÁDUA, 2017), já demonstrou ser relevante. Naquele caso, como neste, a utilização dos dispositivos de categorização permitiu ao STF decidir de acordo com os valores e políticas reputados como relevantes para o resultado normativo atingido e, ao mesmo tempo, afirmar que não estava negando validade ao sentido literal da norma ou violando o seu limite semântico. Ou seja, dispositivos discursivos como os dispositivos de categorização permitem explicar, empiricamente, como pode o Supremo Tribunal Federal tomar decisões polêmicas, sem que a discussão seja um infinito debate – isto é, sem critério definidor – sobre se a Corte incumbida de ter a última palavra sobre a interpretação da Constituição (art. 102, *caput*, da CRFB) cumpriu ou descumpriu suas normas.

O artigo está estruturado em quatro seções. Na primeira, retoma-se o tema da interpretação constitucional na literatura do Direito Constitucional brasileiro, expondo seus principais pontos e expandindo o argumento da limitação dessa literatura em relação à interpretação de normas constitucionais como uma atividade prática e contextualizada em decisões concretas. Na segunda seção, o conceito analítico de *dispositivos de categorização* é explicado. A terceira seção é dedicada à metodologia e à análise dos dados – especificamente o voto do ministro Barroso no HC 126.292. A última seção conclui discutindo os resultados da análise, seus impactos para a teoria da interpretação constitucional e para futuras pesquisas.

No 30º ano de vigência da CRFB, parece oportuno abandonar dogmas e abraçar perguntas. É nesse sentido que este artigo pretende contribuir.

1 Da interpretação constitucional à formulação de normas constitucionais: abandonando a teoria

A expressão *interpretação constitucional* vem sendo utilizada no Direito brasileiro como uma revisão da teoria da interpretação para as (assumidas) especificidades do Direito Constitucional como fenômeno normativo. Como explicam Barroso e Barcellos (2006, p. 331, grifo do autor):

A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundando na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Trata-se, portanto, não de uma revolução na teoria da interpretação tradicional, mas de uma modificação parcial nos elementos ou procedimentos a serem utilizados pelos intérpretes – leia-se juízes – para fixar o sentido das normas constitucionais, tendo em vista a especificidade dessas normas e dos institutos por elas criados em relação a normas não constitucionais (BARROSO; BARCELLOS, 2006; GUASTINI, 1999). Como atividade, a interpretação jurídica continua podendo se encaixar na longínqua definição de Maximiliano (2002, p. 8, grifo do autor):

interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.

A necessidade de uma teoria específica da interpretação constitucional coincide com uma mudança de concepção doutrinária sobre o papel da Constituição na funcionalidade do ordenamento jurídico (BARROSO; BARCELLOS, 2006; MORAES, 1999). Antes prevista como parte do Direito Civil, cuja doutrina fornecia as bases para a interpretação em geral, a interpretação jurídica passa a buscar na CRFB sua fonte primeira. Para marcar essa mudança de mentalidade teórica,

buscou-se simultaneamente uma renovação na forma de apresentar a própria teoria.

Como o Direito Constitucional do segundo pós-guerra prometia ser um repositório de valores e princípios de justiça, e não somente de normas fundantes do Estado e de suas instituições – o que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo –, a teoria da interpretação constitucional também se propôs a incorporar maneiras de atingir esses repositórios constitucionais.³

No Brasil, o marco político para a incorporação dessas novas concepções constitucionais foi a promulgação da CRFB, cujo processo de elaboração já fora influenciado pelas primeiras produções teóricas nacionais pós-positivistas⁴. A principal fonte de inspiração para as novas teorias foi o movimento similar ao realizado na Alemanha, de 30 a 40 anos antes, em um trabalho conjunto da doutrina e do Tribunal Federal Constitucional (ALEXY, 2005; SILVA, 2005).

Da Alemanha, procurou-se transplantar os novos procedimentos interpretativos e concepções normativas que orientariam a teoria da interpretação constitucional e a apartaria, parcialmente, da teoria da interpretação de normas não constitucionais. Segundo Barroso e Barcellos (2006, p. 358-359):

As normas constitucionais são normas jurídicas e, como consequência, sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral. Todavia, as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político. Em razão disso,

desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional.

Barroso e Barcellos (2006, p. 359-364) prosseguem listando seis desses “princípios instrumentais de interpretação constitucional”: “princípio da supremacia da constituição”, “princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do poder público”, “princípio da interpretação conforme a constituição”, “princípio da unidade da constituição”, “princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade” e “princípio da efetividade”. Esse é um catálogo possível desses princípios ou elementos ou cânones interpretativos específicos para normas constitucionais. Outros autores usam outros catálogos, embora todos se pareçam e aparentemente venham da mesma fonte na doutrina alemã.⁵

O importante é notar que, com base na especificidade das normas constitucionais e em sua nova compreensão normativa, esses “princípios interpretativos” teriam como base uma insuficiência dos elementos tradicionais da interpretação de normas jurídicas. A consequência lógica do argumento, portanto, é que, para normas não constitucionais, os elementos literal/gramatical, histórico, sistemático e teleológico, originalmente propostos por Savigny no século XIX, marco da recepção do Direito Romano na Idade Moderna (SILVA, 2005,

⁵ Ver Silva (2005) e referências por ele citadas. O autor cataloga criticamente tanto esses princípios quanto o que ele chama de métodos transplantados pela doutrina brasileira da obra de apenas dois juristas alemães: Konrad Hesse, para os princípios, e Ernst-Wolfgang Böckenförde, para os métodos. Silva (2005) cataloga sete princípios, quase todos coincidentes com os de Barroso e Barcellos (2006), embora alguns tenham nomes diferentes. Por exemplo: o “princípio da efetividade” (BARROSO; BARCELLOS, 2006) e “o princípio da força normativa da constituição” (HESSE, [19--] apud SILVA, 2005).

³ Ver Barroso (2006) e Pádua (2008, p. 91-177) para uma revisão da literatura.

⁴ Ver Pádua (2008, p. 18-90).

p. 116; NEVES, 1993, p. 103-106), seriam suficientes.

No entanto, a teoria da interpretação tradicional e mesmo a (supostamente) renovada teoria da interpretação constitucional são conjuntos de proposições ontológicas, na medida em que são proposições sobre como a interpretação de normas é (ou deve ser). Nem a teoria tradicional, nem a teoria da interpretação constitucional jamais apresentaram uma faceta metodológica, ou seja, um conjunto de métodos ou parâmetros ordenados pelos quais, ao se deparar com um problema jurídico, o intérprete possa se guiar para resolvê-lo de forma previsível.⁶

Nenhuma das duas teorias de interpretação apresentou uma faceta epistemológica – um conjunto de proposições sobre como os intérpretes resolvem empiricamente os problemas interpretativos com os quais se deparam. Tampouco verificou se o conjunto de elementos da interpretação tradicional ou os princípios interpretativos da interpretação constitucional são de fato utilizados e como são utilizados para operacionalizar a aplicação empírica das respectivas normas⁷.

⁶“como se conjugam todos esses elementos numa mesma interpretação ou qual a relação que entre eles aí deve ser pensada? [...] este é um ponto para o qual a teoria tradicional não logrou uma solução – não obstante a importância que para ele teria definir um esquema fixo ou um algoritmo metódico para a interpretação” (NEVES, 1993, p. 106).

⁷A inexistência de um capítulo metodológico na teoria da interpretação de normas jurídicas não parece ser um problema exclusivo da doutrina brasileira, nem da dos países da família jurídica romano-germânica. Nos EUA, Gluck (2010) aponta o mesmo fenômeno de incerteza metodológica no cenário da interpretação das leis federais, especialmente pela Suprema Corte, embora pelo menos cinco estados tenham tido experiências estáveis com um conjunto de parâmetros fixos, criados com base em decisões das respectivas cortes de última instância. Mesmo no nível federal, no entanto, algumas questões específicas gozam de algoritmos de aplicação mais ou menos definidos, notadamente a aplicação de alguns dos chamados cânones substantivos de interpretação (“substantive canons of construction”) como a deferência de Chevron – preferência a ser dada pelas cortes para as interpretações legais de

O fulcro deste artigo e o objeto da pesquisa empírica que será apresentada mais adiante é tentar tratar dessa última questão. Ao invés de trabalhar abstratamente com o que os intérpretes de normas – constitucionais ou não – deve(ria)m fazer, propomos que um trabalho igualmente importante – e, logicamente, talvez prévio – seja o de entender como esses intérpretes, empírica e concretamente, fazem o seu trabalho.

Para isso, propomos inicialmente uma distinção conceitual: vamos opor ao fenômeno da “interpretação de normas (constitucionais)” o fenômeno da “formulação de normas (constitucionais)”.

O primeiro fenômeno, epistemologicamente, corresponde ao que os doutrinadores fazem ao criar teorias e discutir sobre elas, inclusive teorias sobre os objetos, objetivos e elementos da interpretação de normas jurídicas (NEVES, 1993).

O segundo fenômeno corresponde às práticas discursivas locais e contextualizadas, com base nas quais juristas concretos atribuem – isto é, formulam – significados para as normas das quais eles se ocupam como uma tarefa prática de sua atividade institucional. O conceito de formulação, no sentido que utilizamos neste trabalho, foi originalmente proposto por Garfinkel e Sacks (1970), no âmbito do programa de pesquisa denominado etnometodologia, que une sociologia e linguística aplicada. Estudando principalmente a interação social em conversas cotidianas, Garfinkel e

agências reguladoras (GLUCK, 2010, p. 1.817-1.819) – ou o cânone da leniência – interpretação restritiva de normas penais em favor do acusado em caso de ambiguidade (SOLAN, 1998). Por outro lado, a doutrina sobre interpretação nos EUA dedica grande parte dos seus esforços à epistemologia das técnicas interpretativas utilizadas pelos tribunais, especialmente pela Suprema Corte, ao contrário da doutrina brasileira, que parece propor apenas critérios ontológicos que supõe que serão utilizados pelas cortes *a posteriori*.

Sacks (1970) notaram que, em algumas dessas situações, os cointeragentes tematizam a própria situação social em que se encontram, com o objetivo de nomear, caracterizar, explicar o que está sendo dito ou o significado do que está acontecendo:

Um membro pode tratar um ou outro trecho da conversa como oportunidade para descrever aquela conversa, explicá-la, ou caracterizá-la, ou explaná-la, ou traduzi-la, ou resumi-la, ou definir sua essência, ou chamar atenção para sua obediência às regras, ou comentar seu desrespeito às regras. Quer dizer, um membro pode usar algum trecho da conversa como oportunidade para *formular* a conversa (GARFINKEL; SACKS, 1970, p. 350, grifo do autor, tradução nossa).

Embora estivessem focando conversas, Garfinkel e Sacks (1970, p. 347) notaram que qualquer membro da sociedade “que comece um texto, encontra-se [...] engajado em esclarecer os termos que ocorrem nele”. Por isso, usaram como sinônimo do conceito de formulação o de “práticas de glosa”, ele mesmo formulado como “métodos para produzir entendimento observável-reportável⁸ com, na e da linguagem natural” (GARFINKEL; SACKS, 1970, p. 342-343, tradução nossa). Em outras palavras, os membros da sociedade participam de práticas locais – isto é, desenvolvidas em contextos práticos específicos e localizados espacial e temporalmente – direcionadas para explicar, esclarecer, atribuir sentido a textos e a outros conjuntos de significados sociais. Por isso, as formulações também foram chamadas de métodos para produzir uma “semântica ocasionada” (DEPPERMAN, 2011).

⁸“Observável-reportável” é um termo de arte da etnometodologia que não deve nos ocupar agora. Para uma explicação, ver Coulon (1995).

Não precisamos nos ocupar de maiores minúcias do conceito de formulações (ou práticas de glosa) neste momento. O objetivo aqui é apenas demonstrar, por um lado, as limitações epistêmicas da teoria da interpretação (constitucional) para produzir conhecimento sobre como as normas jurídicas (constitucionais) recebem significação em contextos reais de aplicação e, por outro lado, apontar que, para superar essa limitação epistêmica e explicar como atores jurídicos atribuem significado empiricamente a textos normativos jurídicos (PÁDUA, 2013, 2015), é possível lançar mão de ferramentas da análise do discurso que ponham em relevo o fato de que esses significados são atribuídos com base em métodos demonstráveis e ordenados.

2 Dispositivos de categorização como métodos de formulação do significado de normas constitucionais

A análise do discurso descreve os métodos utilizados pelos participantes das situações sociais para produzir, compreender, formular e (co)construir sentidos⁹. Os métodos de formulação, como atividades sociais, são reproduzíveis, na medida em que exibem certa tipicidade, certa ordem, certa lógica (SACKS,

⁹A ideia de (co)construção de sentidos é essencial para a visão da linguagem como acontecimento interacional em que os significados do que é dito (ou escrito) emergem como um resultado desse acontecimento. Essa concepção se opõe a concepções chamadas de telegráficas ou condutoras da linguagem, que a apresentam como mero meio de transmissão de significados, codificados por um emissor e depois decodificados por um receptor. Não temos possibilidade de aprofundar a concepção interacional da linguagem aqui – embora ela seja parte de um programa de análise do discurso implicado neste trabalho. Sobre o tema, ver Martins (2002) e as referências citadas pela autora. É interessante notar, no entanto, como a concepção telegráfica da linguagem ainda é pressuposta em muitas teorias jurídicas e atinge até autores sofisticados em conceitos linguísticos, como Sgarbi (2005).

1984; GARFINKEL; SACKS, 1970, p. 346). Seu estudo empírico permite a descrição do procedimento utilizado pelo membro da sociedade na formulação, ou seja, na produção do próprio fenômeno estudado.

Os conceitos e procedimentos utilizados para essa descrição vão depender dos tipos de dados discursivos a serem analisados, mas devem ser capazes de demonstrar o que o(s) participante(s) da situação discursiva em questão usa(m) como métodos locais para produzir, compreender, formular e (co)construir sentidos, isto é, a análise deve demonstrar empiricamente os *métodos dos membros* (GARFINKEL, 1967) para a produção de sentido.

Ao analisar os dados de um caso em estudo, Sacks (2006, 1972) observou a ocorrência de um mecanismo local de produção de sentido que ele chamou originalmente de *dispositivos de categorização*¹⁰. O autor estava analisando ligações telefônicas para um serviço de prevenção ao suicídio, quando constatou que tanto quem chamava quanto quem atendia se orientava por um dispositivo de categorização que opunha duas coleções de categorias: uma, de pessoas da família; outra, de conhecidos. Observou também que a escolha de membros dessas coleções de categorias no curso da conversa obedecia a regras que se repetiam. Por exemplo, se alguém ligava dizendo que pensava em suicídio, o operador perguntava sobre familiares a quem essa pessoa pudesse pedir ajuda. Se não houvesse familiares, buscavam-se amigos e conhecidos. Se não houvesse nenhum desses, estava indicado o motivo que os chamadores utilizavam, em primeiro lugar, para se sentir suicidas – “eu não tenho ninguém” (*no one to turn to*).

O caráter metódico do recurso aos membros das diferentes coleções de categorias na mesma ordem, o que se repetia nas várias ligações analisadas, fez Sacks propor que essas coleções de categorias seriam organizadas como dispositivos. Sacks (1972, p. 32, grifos do autor, tradução nossa), então, elaborou o conceito:

Por dispositivo de categorização queremos dizer uma coleção de categorias (*a collection of membership categories*), contendo ao menos uma categoria, que pode ser aplicada a alguma população, contendo ao menos

¹⁰ Em inglês, o nome original é “membership categorization devices”, que, traduzido literalmente, seria algo como *dispositivos de categorização de participação como membros*. O problema é que o adjetivo “membership” não tem nominalização vernácula; então, ou usaríamos a desconfortável expressão *participação como membros* ou um neologismo como *membresia*. Por isso, preferimos usar *dispositivos de categorização*, expressão mais simples que, como veremos no texto, capta bem a ideia do conceito. O próprio Sacks (2006, p. 241) propôs abreviar a expressão para *dispositivo de categorização*. Na literatura recente da análise do discurso, a mesma expressão vem sendo traduzida como *categorias de pertença*, a exemplo do que fazem Del Corona e Ostermann (2012). Evito essa tradução porque acredito que ela privilegia o pertencimento a categorias, deixando de lado o principal do conceito, que são os *dispositivos*.

um membro, de tal forma que pelo uso de algumas regras de aplicação, se possa fazer um par com ao menos um membro da população e um membro do dispositivo de categorização. Um *dispositivo* é, então, uma *coleção* mais regras de aplicação.

Em outro trabalho, Sacks (2006) explica o uso desses dispositivos de categorização com um exemplo mais simples. Se alguém fala “o bebê chorou. A mãe o pegou” (*the baby cried. The mommy picked it up*), nessas frases a *mãe* vai ser entendida como a mãe do bebê que chorou. O autor demonstra que isso acontece porque *mãe* e *bebê* são categorias pertencentes ao dispositivo de categorização *família*. E uma regra de aplicação a dispositivos de categorização em geral – que ele chamou *regra da consistência* – determina que, quando duas categorias podem ser consideradas parte do mesmo dispositivo, elas devem ser consideradas dessa maneira.

Esse mesmo mecanismo de funcionamento dos dispositivos de categorização explica a inteligibilidade de textos escritos como uma manchete de jornal que diga “Marido comete suicídio. Mulher acorda do coma”¹¹. Entendemos daí não só que o marido e a mulher em questão são casados entre si, mas também que os eventos estão relacionados numa sequência temporal irônica.

O último exemplo serve para introduzir outro tópico importante nos dispositivos de categorização. Embora originalmente utilizados para descrever métodos de produção de sentido relacionados a pessoas, os mesmos dispositivos podem ser utilizados para categorizar e produzir sentido sobre eventos, locais etc. (STOKOE; ATTENBOROUGH, c2015).

A maneira como os dispositivos são utilizados para atribuir sentido a eventos, descrevê-los e colocá-los em tipologias parece ser essencial para a formulação do sentido de normas jurídicas em discursos judiciais – especialmente se o sentido aparentemente mais óbvio da norma é preterido pelo juiz que a interpreta (PÁDUA, 2017). É que o veremos a seguir.

3 Análise de dados: como dar à norma um sentido querido, mas não óbvio

3.1 Nota metodológica

Neste trabalho vamos analisar apenas o voto do ministro Luís Roberto Barroso, no HC 126.292 (BRASIL, 2016). O voto, destacado do

¹¹ O exemplo é de Wolff (2011). No original: “Ehemann begeht Selbstmord. Frau erwacht aus Koma”.

inteiro teor do acórdão, tem cerca de 10 mil palavras em 27 páginas na paginação oficial indexada pelo próprio STF.

Além de utilizarmos os conceitos teórico-analíticos apresentados – nomeadamente, *formulação* e *dispositivos de categorização* –, a aproximação inicial do texto se deu com base na análise etnometodológica de textos escritos (WATSON, 2009; WOLFF, 2011), mais especificamente no método preconizado por Wolff (2011, p. 256). Ao propor que os textos escritos sejam analisados como dados em si próprios, o autor apresenta o conceito de *texto ativo*, segundo o qual textos devem ser entendidos como i) *apresentações metódicas*; ii) *soluções práticas* para problemas de apresentação dos seus autores; iii) *fenômenos sociais situados*; e iv) *fenômenos reflexivos*.

Essas premissas metodológicas, tomadas em conjunto com as concepções teóricas explicadas, levam a analisar os textos como ações sociais – inclusive justificações escritas para decisões judiciais. A análise busca mecanismos de produção de sentido que, embutidos nos textos, demonstrem como se poderia reproduzir a criação desse mesmo sentido, *da perspectiva do seu autor*.

3.2 Contexto e circunstâncias da decisão no HC 126.292

Conforme já apontado, o HC 126.292 marca uma virada jurisprudencial do STF no tema da execução provisória da pena. Essa virada jurisprudencial, aliás, vem resistindo aos ataques não só doutrinários, mas também processuais, tais como no julgamento cautelar das ADCs 43 e 44, e recentemente no julgamento do HC 152.752 (BRASIL, 2018c, 2018a, 2018b) – este último, o *habeas corpus* preventivo para tentar evitar a prisão do ex-presidente Lula.

Em relação ao HC 126.292, a virada jurisprudencial é explicada pelo próprio ministro Barroso:

A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência, ou – no termo mais técnico – o princípio da presunção de não culpabilidade. Desde a promulgação da Carta de 1988 até 2009, viveu nesta Corte o entendimento de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, ainda que pendentes de julgamento os recursos extraordinário (RE) e especial (REsp). Em linhas gerais, isso se dava pelo fato de que tais recursos não desfrutavam de efeito suspensivo nem se prestam a rever condenações (a realizar a justiça do caso concreto), mas tão somente a reconhecer eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade dos julgados de instâncias inferiores, sem qualquer reexame de fatos e provas.

Em julgamento realizado em 5.02.2009, porém, este entendimento foi alterado em favor de uma leitura mais literal do art. 5º, LVII. De fato, ao apreciar o HC 84.078, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, passou a interpretar tal dispositivo como uma regra de caráter absoluto, que impedia a execução provisória da pena com o objetivo proclamado de efetivar as garantias processuais dos réus. Conforme a ementa do julgado, *a ampla defesa engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, de modo que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa*. Esta é a orientação que tem vigorado até a presente data e cuja revisão aqui se defende (BRASIL, 2016, p. [29-31]¹², grifos do autor).

O ministro Barroso, no seu voto, foi mais minucioso até do que o relator do caso, ministro Teori Zavascki, embora ambos votassem pela mesma conclusão. Não é o objeto deste artigo reconstruir todos os argumentos do ministro Barroso, mas apenas aquele que diz respeito à formulação do sentido do parâmetro normativo principal em discussão, ou seja, o art. 5º, LVII, da Constituição, citado no excerto acima.

3.3 O texto do art. 5º, LVII, da CRFB

O texto do art. 5º, LVII, da CRFB é relativamente simples, composto de apenas uma oração, de tipo nominal, com verbo no futuro e predicativo que contém o conteúdo do comando normativo – já que o sujeito, “ninguém”, é só um pronome indefinido negativo que acarreta a universalidade da norma e o seu caráter proibitivo. O predicativo, “considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, é o comando cujo significado importa interpretar¹³.

Embora o relator, ministro Zavascki, não tenha dedicado nenhuma parte do seu voto ao texto do art. 5º, LVII – a não ser por uma citação doutrinária (BRASIL, 2016, p. [10-11]), o ministro Barroso se ocupou, ainda que brevemente, de produzir um sentido para esse texto. Ele, no entanto, teria dificuldade de, ao mesmo tempo, dar um sentido ao art. 5º, LVII, que fosse condizente com a conclusão a que queria chegar e que pudesse ser enquadrado dentro dos limites semânticos do texto,

¹² As referências serão feitas às páginas do inteiro teor do acórdão, não às do voto individual do ministro Barroso.

¹³ As particularidades sintáticas do texto não devem nos ocupar mais do que o que foi dito nesse parágrafo. Uma representação gráfica da sintaxe da oração do art. 5º, LVII, na chamada árvore sintática é a seguinte (O = “oração”; SN = “sintagma nominal”; SV = “sintagma verbal”; SP = “sintagma preposicionado”): [O[SN ninguém][SV [V será][SN [SN considerado culpado][SP até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória]]]]. Para fundamentos de análise sintático-semântica de textos jurídicos e um exemplo de um caso na Suprema Corte dos EUA, ver Kaplan e Green (1995).

conforme a doutrina – inclusive do próprio ministro Barroso – costuma exigir mesmo da mais maleável interpretação constitucional. Especificamente, a questão dizia respeito a como compatibilizar a constitucionalidade da execução provisória de pena com a exigência do texto de que houvesse um “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, que seria um marco condicionante, temporal e logicamente, conforme indica a preposição *até*¹⁴.

O ministro Barroso produziu diversas saídas retóricas para esse problema, algumas das quais nada têm que ver com a produção de sentido do texto em si, tais como a proclamação de uma mutação constitucional em relação ao tema (BRASIL, 2016, p. [31-35]) ou o enquadramento da norma do art. 5º, LVII, como “princípio”, e não “regra” (BRASIL, 2016, p. [37-39]). O fato de que ele, ainda assim, ter querido apresentar uma formulação do sentido do texto e como o fez é que torna o seu voto uma fonte de dados interessante para este trabalho.

3.4 Dispositivos de categorização e formulação do sentido do art. 5º, LVII, da CRFB

A maneira como o ministro Barroso formulou o sentido do texto do art. 5º, LVII, tem duas etapas metódicas iniciais. A primeira consiste em mobilizar outros textos constitucionais – especificamente o art. 5º, LXI e LXVI; a segunda, em focar uma palavra do predicativo

– *culpado* – deixando o resto do predicativo, inclusive a parte do trânsito em julgado, ao fundo¹⁵. Essas duas etapas concorrem para criar dois dispositivos de categorização, que operam em diferentes níveis e dariam um sentido aparentemente inesperado ao art. 5º, LVII, mas enquadrado como correto e coerente.

O ministro Barroso começa o trabalho de formulação marcando que estaria se afastando da “literalidade” do texto normativo em questão.

Excerto 1:

Ao contrário do que uma leitura apresada da literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 2016, p. [35]).

Logo em seguida, ele anuncia a primeira etapa da formulação.

Excerto 2:

O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme *se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988* (BRASIL, 2016, p. [36], grifo nosso).

Nessa primeira etapa, o ministro Barroso já enuncia as duas regras do dispositivo de categorização que ele começa a construir e depois chamará de *prisão*:

¹⁴ Ainda que não seja o objeto da análise deste trabalho, considere-se que o voto divergente do Ministro Celso de Mello, que é o maior e mais detalhado dos votos divergentes, em repetidas oportunidades se refere ao “texto inequívoco” do art. 5º, LVII (BRASIL, 2016, p. [93]). Segundo ele, “[o] art. 5º, inciso LVII (‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2016, p. [88]).

¹⁵ A literatura da análise do discurso vem apontando que a citação de textos envolve sempre uma recontextualização do seu sentido e que uma das maneiras de produzir essa recontextualização é mudando as relações entre “figura” e “fundo”, isto é, o que fica em evidência na citação e o que é deixado em segundo plano. Ver Linell (1998, p. 144-145).

i) REGRA POSITIVA - os membros desse dispositivo precisam de “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”;

ii) REGRA NEGATIVA - os membros desse dispositivo não precisam ter “esgota[do] qualquer possibilidade de recurso”.

A segunda etapa é enfocar o qualificador *culpado* e colocar, no fundo, os demais termos da oração.

Excerto 3

Enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será *preso* senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (BRASIL, 2016, p. [36], grifos do autor).

Esse excerto faz, na verdade, um duplo trabalho. O primeiro, já mencionado, enfoca o modificador *culpado* como palavra-chave para a produção de sentido do art. 5º, LVII. O grifo serve graficamente a esse trabalho de enfoque. A palavra *culpado* é aquela que serve para compreender o sentido que está sendo inserido pelo próprio autor na leitura do texto. O conseqüente apagamento momentâneo dos demais elementos do texto – inclusive da expressão “trânsito em julgado” – funciona como uma *instrução de leitura* (WATSON, 2009), ou seja, como uma *prática de glosa* (GARFINKEL; SACKS, 1970) sobre o texto do art. 5º, LVII.

O segundo trabalho desse excerto consiste em introduzir uma outra palavra-chave que vai funcionar como conceito contraposto ao de *culpado*: o conceito de *preso*. Mais uma vez, note-se como é o próprio autor quem grifa a palavra *preso*, usando o mesmo método de enfoque da palavra *culpado*.

A contraposição entre os dois termos enfocados – *preso* e *culpado* – é o resultado final das duas etapas de formulação anteriormente mencionadas acima. *Culpado* é o ponto focal de como deve ser lido o art. 5º, LVII, ao passo que *preso* é o ponto focal dos demais textos normativos convocados para formular, por oposição, o sentido do art. 5º, LVII.

Essa formulação do sentido do art. 5º, LVII, por oposição a outros textos é exatamente o ponto em que os dispositivos de categorização entram em cena e completam as duas etapas iniciais da formulação do sentido do texto. Considere-se o excerto a seguir:

Excerto 4

Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas “sistematicamente” na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o *regime da culpabilidade* e o da *prisão* (BRASIL, 2016, p. [36], grifos nossos).

A distinção conceitual entre *culpado* e *preso* é aqui ligada a dois *regimes* diferentes. Portanto, a formulação do sentido do art. 5º, LVII, se liga a um dispositivo de categorização específico: o dispositivo *culpabilidade*. Esse dispositivo se opõe a outro dispositivo, que se liga aos demais textos normativos mobilizados durante as etapas iniciais – art. 5º, LXI e LXVI – e que o ministro Barroso chama de *prisão*.

Como vimos, os dispositivos de categorização se caracterizam por ter pelo menos um conjunto de categorias, com ao menos uma categoria em cada conjunto, e ao menos uma regra de aplicação que determine como essas categorias serão aplicadas aos indivíduos a serem categorizados.

Temos aqui dois dispositivos: *prisão e culpabilidade*. Já vimos, no excerto 2, que o ministro Barroso enunciara duas regras de aplicação para o dispositivo *prisão*. No excerto 5, abaixo, ele enuncia as categorias que compõem o dispositivo:

Excerto 5

Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as *prisões processuais típicas, preventiva e temporária*, bem como *outras prisões*, como (ii) a *prisão para fins de extradição* (decretada pelo STF), (iii) a *prisão para fins de expulsão* (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com competência para execução penal) e (iv) a *prisão para fins de deportação* (decretada por juiz federal de primeiro grau) (BRASIL, 2016, p. [37], grifos nossos).

Estamos agora em posição de sistematizar o dispositivo *prisão*:

Quadro 1

Dispositivo de categorização *prisão*

Coleções de categorias		Regras
Prisões processuais típicas	Outras prisões processuais	
Prisão preventiva Prisão temporária	Prisão para fins de extradição Prisão para fins de expulsão Prisão para fins de deportação	i) Regra positiva: os membros desse dispositivo precisam de “ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária competente”. ii) Regra negativa: os membros desse dispositivo não precisam ter “esgota[do] qualquer possibilidade de recurso”.

Fonte: elaborado pelo autor.

Temos, portanto, um dispositivo de categorização relativamente complexo. Ele tem duas coleções de categorias, *prisões processuais típicas* e *outras prisões processuais*: a primeira, com duas categorias; e a segunda, com três categorias. As regras de aplicação desse dispositivo já tinham sido enunciadas e foram recuperadas do excerto 2, anteriormente citado.

Note-se que as regras de aplicação não condicionam a aplicação de cada uma das categorias das duas coleções que compõem o dispositivo, mas condicionam a aplicação do dispositivo como um todo. A existência de várias categorias inseridas no dispositivo *prisão* evidencia a existência desse dispositivo e como ele é diferente do dispositivo

culpabilidade, relevante para o artigo em questão, ao contrário do dispositivo *prisão*.

O propósito da enunciação de categorias, sem discriminação sobre sua aplicação individualizada, é confirmado pelo trecho do voto do ministro Barroso que vem logo em seguida ao excerto 5: “*Em todas as hipóteses enunciadas acima, como parece claro, o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão*” (BRASIL, 2016, p. [37], grifo nosso).

Considere-se, por fim, que há uma assimetria no número de categorias das duas coleções – uma com duas categorias e outra com três. Isso vai abrir espaço para uma categoria faltante e que é a culminância de todo o processo de formulação de sentido que vem sendo analisado, como veremos a seguir.

Terminada a construção do dispositivo *prisão*, faltava a construção do dispositivo *culpabilidade*. O ministro Barroso é mais econômico neste último dispositivo. Depois de enunciar o dispositivo (ver excerto 4), ele dedica apenas o seguinte excerto ao tema:

Excerto 6

E isso [a possibilidade de várias prisões antes do trânsito em julgado] não esvazia a presunção de não culpabilidade: há *diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado*, como os *efeitos extrapenais* (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os *efeitos penais secundários* (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.) (BRASIL, 2016, p. [37], grifos nossos).

Esse excerto enuncia três regras de aplicação do dispositivo *culpabilidade*, que estamos agora em posição de sistematizar.

Quadro 2

Dispositivo de categorização *culpabilidade*

Única coleção de categoria	Regras
Culpabilidade	i) A aplicação da categoria desse dispositivo depende de trânsito em julgado de sentença penal condenatória. ii) A aplicação da categoria desse dispositivo permite efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.). iii) A aplicação da categoria desse dispositivo permite efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.).

Fonte: elaborado pelo autor.

Esse dispositivo só tem uma categoria: *culpabilidade*. A primeira regra de aplicação do dispositivo serve para contrastá-lo com o dispositivo *prisão*, por meio da conexão com a regra negativa deste último. As demais regras dão funcionalidade ao dispositivo, do contrário a categoria única *culpabilidade* ficaria inútil e, por conseguinte, todo o dispositivo do art. 5º, LVII, centrado nas etapas iniciais da formulação na palavra-foco *culpado*, seria inútil. Um dispositivo normativo inútil é inaceitável pela doutrina jurídica, o que explica a necessidade de enunciar as duas últimas regras.

No entanto, a relativa simplicidade desse dispositivo, em comparação com a relativa complexidade do dispositivo *prisão*, demonstra que se trata de um dispositivo cuja principal função é excluir da formulação do sentido do art. 5º, LVII, o escopo de se aplicar a qualquer prisão. Ou seja, o fenômeno das prisões e toda a sua complexidade normativa estão em outro dispositivo, que regula fenômenos mais simples, como os efeitos secundários da pena¹⁶.

A lógica da dissociação da categorização dos dois fenômenos (*prisão/ões* e *culpabilidade*) – chave para a formulação do sentido do art. 5º, LVII, que passa a não ter qualquer ligação com prisão/ões – é completada na culminância da seção do voto do ministro Barroso que trata dessa formulação: “Assim sendo, e *por decorrência lógica*, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a *possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente*” (BRASIL, 2016, p. [37], grifos nossos).

Está completo o trabalho de formulação. O fenômeno da prisão é regulado pelo art. 5º, LXI (e LXVI). O art. 5º, LVII, não trata disso. Por isso, o trânsito em julgado de sentença penal condenatória não é relevante para decretar a prisão de uma pessoa. Além disso, as coleções de categorias do dispositivo *prisão* estão agora completas: às categorias de prisões já mencionadas, deve-se adicionar esta: “prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente”.

Conclusões

Neste trabalho, procuramos reconstruir o método de produção de sentido utilizado pelo ministro Luís Roberto Barroso para formular o texto do art. 5º, LVII, da CRFB. A análise demonstrou que, além de ou-

¹⁶No voto do relator, ministro Zavaski, há também um outro escopo anunciado para o art. 5º, LVII, que é o de regra de ônus probatório (BRASIL, 2016, p. [8-9]). O ministro Barroso, porém, não entrou nesse campo ao formular o sentido textual do artigo e, portanto, essa questão não está no escopo deste trabalho.

tros argumentos normativos e políticos, o ministro Barroso se ocupou especificamente do texto do art. 5º, LVII, que, à primeira leitura, parecia não favorecer seu ponto de vista. Ao formular o sentido do artigo, no entanto, o ministro Barroso empregou um engenhoso contraste entre dois dispositivos de categorização, para retirar do escopo de sentido do art. 5º, LVII, a regulação do fenômeno jurídico da prisão e, com isso, evitar ter de discutir a relevância da condição do “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na glosa do ministro Barroso, o fenômeno jurídico da prisão, em suas várias categorias, está dentro do escopo do dispositivo *prisão*, acionado pelos textos dos incisos LXI e LXVI do art. 5º. Isso inclui uma categoria de prisão que o ministro pareceu criar no seu voto como culminância do seu método de produção de sentido¹⁷: “prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente”.

Por sua vez, o fenômeno jurídico da culpabilidade, que conta com apenas uma categoria, está dentro do escopo do dispositivo *culpabilidade*, acionado pelo inciso LVII do art. 5º. Com essa prática de glosa, o sentido do princípio da presunção de inocência passa a ser ligado a efeitos da condenação criminal diversos da prisão, tais como perdimento de bens e perda de cargo público.

A utilização de dispositivos de categorização para a produção de sentido de normas constitucionais corrobora o que já havia demonstrado Pádua (2017), em trabalho sobre a formulação do sentido do art. 5º, LXI, da CRFB. Naquele caso, o STF discutia se a condução involuntária de um suspeito a uma delegacia, fora das hipóteses de flagrante e sem ordem “escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, constituía conduta inconstitucional e, portanto, tornaria ilícita qualquer prova derivada dessa conduta. Como Pádua (2017) demonstrou, para sair do escopo restritivo do art. 5º, LXI, e validar a condução do suspeito à delegacia, o STF criou um dispositivo de categorização para a formulação do sentido do texto, no qual duas coleções de categorias, *prisão* e *encaminhamento*, eram opostas por um conjunto de regras que atribuía aos membros de cada coleção um escopo distinto. Se algum dos membros da coleção *encaminhamento* fosse relevante para categorizar o evento em questão, então não haveria prisão e, portanto, não se aplicariam as restrições do art. 5º, LXI. Pádua (2017) ainda demonstrou como esse mesmo dispositivo de categorização foi utilizado para justificar as conduções coercitivas autorizadas pela Justiça Federal mesmo quando o conduzido não havia se recusado a depor seguindo intimação – casos como o do ex-presidente Lula.

¹⁷ Neste trabalho, utilizamos as expressões (*práticas de*) *glosa*, *formulação* e *produção de sentido* na linha de Garfinkel e Sacks (1970).

Assim como em Pádua (2017), no presente trabalho os dispositivos de categorização utilizados para a formulação de sentido do texto de normas constitucionais categorizam eventos, não pessoas. Isso provavelmente se liga ao fato de que normas jurídicas usam eventos fáticos como pressupostos para atribuir-lhes consequências jurídicas. Formular o sentido desses eventos é fundamental para a glosa dessas normas, com vistas a ampliar ou restringir o seu escopo.

Este estudo e o de Pádua (2017) corroboram um ao outro, sugerindo que os dispositivos de categorização são métodos recorrentes de formulação do sentido de textos normativos, especialmente em casos nos quais a interpretação mais evidente – ou literal – não favorece o ponto de vista e os demais argumentos defendidos pelo julgador. Ambos demonstram a serventia dos dispositivos de categorização como método de formulação de sentido de textos escritos, eventualmente junto com outros métodos – ponto já sugerido pela literatura da análise etnometodológica de textos escritos (WOLFF, 2011; WATSON, c2009).

Especificamente para o campo jurídico e para a teoria da interpretação, o presente estudo demonstra como é possível formular o sentido literal de textos normativos de maneiras inesperadas. Métodos como os dispositivos de categorização fornecem ferramentas que permitem produzir o sentido literal desses textos em direções que contradizem comentários doutrinários, mas continuam a reclamar fidelidade ao texto da norma.

O efeito paradoxal dessa manipulabilidade do sentido literal dos textos normativos é que ela valoriza o próprio sentido literal como fenômeno jurídico. Embora imprevisível antes de ser declarado, o sentido literal da norma é considerado importante o suficiente para ser uma questão a ser enfrentada, ainda que utilizando um raciocínio complexo em face de uma norma cuja interpretação não parecia exigir tamanha complexidade. Isso sugere que o texto normativo escrito é uma realidade jurídica que gera efeitos locais, ao mesmo tempo que torna a existência desse texto insuficiente como limite pré-definido à liberdade de atuação do aplicador do texto. Ao menos em casos sensíveis.

Essa circunstância paradoxal deve importar para uma teoria da interpretação de normas, sejam constitucionais ou não. Uma teoria que não leve em consideração o que os atores jurídicos realmente fazem para interpretar normas jurídicas em contextos locais de aplicação real dessas normas não funciona muito como teoria. Nem fornece um quadro normativo que funcione como tipo ideal para a crítica das práticas empíricas de interpretação das normas, já que essas práticas são desconhecidas para a teoria. Ou seja, ela não funciona nem como uma teoria descritiva, nem como uma teoria (meta)normativa sobre interpretação.

Ela apenas cria um conjunto de proposições paralelas às práticas empíricas, que não visa a se encontrar com essas práticas em nenhum momento. Daí por que o estudo se afastou do quadro teórico da teoria da interpretação constitucional para se inserir em um quadro teórico da análise do discurso, com o estudo de formulações do sentido das normas constitucionais.

Apesar de corroborar um estudo anterior, este trabalho é limitado pelos aspectos tradicionais de estudos qualitativos; portanto, sua generalização deve ser tomada com cautela. Não se pode supor que o STF utilize sistematicamente os procedimentos aqui descritos, nem saber em que casos eles seriam acionados. Ainda assim, os conceitos e metodologias usados neste estudo são uma interessante avenida a ser explorada em futuros trabalhos e na teoria geral da interpretação jurídica, a fim de que ela não fique presa a uma análise normativa sem base empírica e produza recomendações que não possam ser consistentemente seguidas.

Para elaborar um conjunto de princípios, de métodos ou de regras de interpretação de normas jurídicas de caráter (meta)normativo, é necessário, antes de tudo, entender quais são os princípios, métodos e regras que vêm sendo seguidos pelos atores jurídicos. Foi nesse sentido que este estudo procurou dar uma modesta contribuição.

Sobre o autor

João Pedro Chaves Valladares Pádua é doutor em Estudos da Linguagem pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-doutorando como *visiting scholar* na Brooklyn Law School, em Nova Iorque, NY, EUA; professor no programa de pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; professor no programa de pós-graduação em Direito Processual Penal da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; advogado no Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: joaopadua@id.uff.br

Como citar este artigo

(ABNT)

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais: contribuições da interface entre direito e análise do discurso. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 87-109, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p87

(APA)

Pádua, J. P. C. V. (2019). Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais: contribuições da interface entre direito e análise do discurso. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 87-109. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p87

Referências

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 31-48.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-48.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-378.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 maio 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 44/DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Requerido: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 abr. 2018a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314210944&ext=.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 152.752/PR. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 jun. 2018b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 5 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 43/DF. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Requerido: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 ago. 2018c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314929880&ext=.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

COSTA, Marcos da. Distorções na condenação de segunda instância. *Revista Consultor Jurídico: ConJur*, São Paulo, 8 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-08/marcos-costa-distorcoes-condenacao-segunda-instancia?>>. Acesso em: 4 set. 2018.

COULON, Alain. *Etnometodologia*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 1995.

DEL CORONA, Márcia; OSTERMANN, Ana Cristina. Formulação de lugar, intersubjetividade e categorias de pertença em chamadas de emergência para o 190. *Revista Veredas, Juiz de Fora*, v. 16, n. 1, p. 112-129, 2012. Disponível em: <<https://veredas.uff.emnuvens.com.br/veredas/article/view/174/139>>. Acesso em: 4 set. 2018.

DEPPERMAN, Arnulf. The study of formulations as a key to an interactional semantics. *Human Studies*, [S.l.], v. 34, n. 2, p. 115-128, 2011.

GARFINKEL, Harold. What is ethnomethodology?. In: _____. *Studies in ethnomethodology*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1967. p. 1-34.

GARFINKEL, Harold; SACKS, Harvey. On formal structures of practical actions. In: MCKINNEY, John; TIRYAKIAN, Edward A. (Ed.). *Theoretical sociology: perspectives and developments*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1970. p. 337-366.

GLUCK, Abbe R. The states as laboratories of statutory interpretation: methodological consensus and the new modified textualism. *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 118, n. 8, p. 1.750-1.862, jun. 2010. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/article/the-states-as-laboratories-of-statutory-interpretation-methodological-consensus-and-the-new-modified-textualism>>. Acesso em: 5 set. 2018.

GUASTINI, Riccardo. ¿Especificidad de la interpretación constitucional?. In: _____. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 287-303.

KAPLAN, Jeffrey P.; GREEN, Georgia M. Grammar and inferences of rationality in interpreting the child pornography statute. *Washington University Law Review*, Washington, DC, v. 73, p. 1.223-1.251, 1995. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=law_lawreview>. Acesso em: 5 set. 2018.

LINELL, Per. Discourse across boundaries: on recontextualizations and the blending of voices in professional discourse. *Text: Interdisciplinary Journal for the Study of Discourse*, New York, v. 18, n. 2, p. 143-157, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. *Revista Consultor Jurídico*: ConJur, São Paulo, 4 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 4 set. 2018.

MARTINS, Carla. A indeterminação do significado nos estudos sócio-pragmáticos: divergências teórico-metodológicas. *Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada*: DELTA, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 87-116, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/delta/v18n1/a04v18n1.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito civil-constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115-127.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. *A tecnocracia jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático*. 2008. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077043.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. *A negociação da intersubjetividade em debates sobre textos normativos na Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1987/88*. 2013. 207 f. Tese (Doutorado em Letras/Estudos da Linguagem) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

_____. Da interpretação à formulação: contribuições da linguística forense à teoria da interpretação de normas jurídicas. In: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Metodologia da pesquisa em direito*. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 227-229. Disponível em: <https://www.uces.br/site/midia/arquivos/ebook_metodologia_da_pesquisa.pdf>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. “Apenas encaminhado”: categorizações como estratégias discursivas de (in) efetivação de garantias fundamentais em uma decisão do Supremo Tribunal Federal. *Language and Law/Linguagem e Direito*, Porto, v. 4, n. 1, p. 60-72, 2017. Disponível em: <<http://ojs.letras.up.pt/index.php/LLLD/article/view/2862/2612>>. Acesso em: 4 set. 2018.

SACKS, Harvey. An initial investigation into the usability of conversational data for doing sociology. In: SUDNOW, David (Ed.). *Studies in social interaction*. New York: The Free Press, 1972. p. 31-73.

_____. Notes on methodology. In: ATKINSON, John Maxwell; HERITAGE, John (Ed.). *Structures of social action: studies in conversation analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. p. 21-27.

_____. The baby cried. The mommy picked it up. In: JAWORSKI, Adam; COUPLAND, Nikolas (Ed.). *The discourse reader*. 2. ed. New York: Routledge, 2006. p. 239-245.

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 6-31, jan./jun. 2005. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/323/295>>. Acesso em: 6 set. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____ (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao_e_sincretismo.pdf>. Acesso em: 5 set. 2018.

SOLAN, Lawrence M. Law, language and lenity. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 40, p. 57-144, 1998. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/73966305.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

STOKOE, Elizabeth; ATTENBOROUGH, Frederik. Prospective and retrospective categorisation: category proffers and inferences in social interaction and rolling news media. In: FITZGERALD, Richard; HOUSLEY, William (Ed.). *Advances in membership categorisation analysis*. London: Sage, c2015. p. 1.254-1.633.

STRECK, Lenio Luiz. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. *Revista Consultor Jurídico*: ConJur, São Paulo, 11 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia?>>. Acesso em: 4 set. 2018.

WATSON, Rod. *Analysing practical and professional texts: a naturalistic approach*. Farnham: Ashgate, c2009.

WOLFF, S. Textanalyse. In: AYAß, Ruth; BERGMANN, Jörg R. (Hg.). *Qualitative Methoden der Medienforschung*. Mannheim: Verlag für Gesprächsforschung, 2011. p. 245-273. Disponível em: <<http://www.verlag-gespraechsforschung.de/2011/pdf/medienforschung.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2018.

A emergência dos programas públicos de integridade como instrumento de prevenção de cartéis em licitação

NATALIA DE MELO LACERDA

Resumo: Este artigo tem como objetivo avaliar a necessidade de adoção dos programas públicos de integridade como ferramenta para prevenir os cartéis em licitação. A análise parte do pressuposto de que os instrumentos já existentes de auditoria interna não eliminam a possibilidade de instituição dos programas públicos de *compliance*. Além disso, defende-se que, ante a interface das políticas anticorrupção e de promoção da concorrência, os programas públicos de integridade devem endereçar as questões concorrenciais, com o objetivo de criar e embasar ações e diretrizes mais específicas para os agentes públicos, voltadas ao combate e prevenção aos cartéis em licitação. Conclui-se que ações contempladas nos programas de integridade têm o potencial de fomentar a cultura de integridade, mediante a introdução de lembretes ativos, consistentes e constantes a serem dirigidos aos agentes públicos especificamente quanto aos fatores para a colusão entre concorrentes e seus indícios.

Palavras-chave: Programa público de integridade. Política anticorrupção. Política de promoção da concorrência. *Compliance*. Cartel em licitação.

The emergence of public compliance programs as tool to prevent bid rigging in public procurement

Abstract: The purpose of the current study is to assess whether public compliance programs are necessary to prevent bid rigging in public procurement. The analyses take in account the previous existence of internal control in Public Administration and its impacts on public compliance programs. It is assumed that the given interface between anti-corruption and anti-competitive policies entail a holistic approach to corruption and anti-competitive behaviors for both public

Recebido em 13/8/18

Aprovado em 16/1/19

organizations and competition authorities. This correlation implies that public compliance programs must be designed to detect red flags in public procurement as to result in consistent and specific guidelines for public servants regarding cartel and its red flags.

Keywords: Public compliance program. Anti-corruption policy. Competitive policy. Compliance. Bid riggings.

Introdução

Nos moldes da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]), a exploração direta da atividade econômica pelo Estado é exceção (art. 173). Por conseguinte, grande parte dos objetivos relacionados à missão institucional da administração pública e à prestação dos serviços públicos dependerá necessariamente da contratação de obras, bens e serviços no mercado. Além disso, diante da determinação constitucional feita pelo inciso XXI do *caput* do art. 37 da CRFB, por regra, a contratação será precedida de licitação pública, destinada a assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Nesse sentido, em um orçamento da ordem de R\$ 3,57 trilhões (BRASIL, [2018a]), é bastante significativo o volume de recursos públicos transferidos para os agentes privados por meio das licitações públicas. Na verdade, pesquisas apontam que as compras governamentais representaram, no período de 2006 a 2012, uma média de 13,8% do Produto Interno Bruto (PIB) no Brasil (RIBEIRO; INÁCIO JÚNIOR, 2014). Porém, parte vultosa desses recursos públicos é afetada pelos cartéis em licitação, principalmente diante do sobrepreço e da baixa qualidade dos produtos a serem ofertados à sociedade. Outrossim, os casos recentes investigados no contexto da Operação Lava Jato e apurados também no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE..., 2017) deixam evidentes os potenciais danos econômicos, os abalos à estrutura de competição e, em última instância, os prejuízos para a confiança pública provocados pelos cartéis em licitação.

Questões como essas têm fomentado a preocupação da sociedade e dos órgãos de controle em fortalecer a governança da coisa pública, buscando instrumentos cada vez mais eficazes na mitigação das vulnerabilidades da administração pública à corrupção. Com esse propósito, foi instituído pelo Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017 (BRASIL, 2017b), o Programa Público de Integridade no âmbito dos órgãos e das

entidades da administração pública federal. Trata-se, assim, de assimilar, na esfera pública, a ideia de *compliance* privado, atualmente muito em voga diante da edição da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, [2015d]), também denominada Lei Anticorrupção.

A regulamentação do instrumento foi feita por meio da Portaria nº 1.089, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, 2018c), do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Todavia, a norma não trouxe qualquer diretriz específica do órgão para abordar a política de prevenção dos cartéis em licitação nos planos de integridade. Diante disso, o presente artigo pretende avaliar a necessidade da adoção de programas públicos de integridade para o combate a cartéis de licitação no país. Entretanto, antes de abordar diretamente o tema, é importante também examinar qual a racionalidade da implementação dos programas públicos de integridade, considerando-se a subordinação da administração pública aos sistemas de controle.

Com o objetivo de desenvolver o tema proposto, o artigo será dividido em quatro partes. A primeira tratará dos reflexos da edição da Lei nº 12.846, de 2013, para a disseminação dos programas públicos de integridade. A segunda questionará a necessidade de implementação desses programas, tendo em vista a existência do sistema de controle interno na administração pública. A terceira parte buscará estabelecer as interfaces entre as políticas anticorrupção e de promoção da concorrência, para demonstrar a necessidade de abordá-las de modo transversal. A quarta parte versará sobre as possíveis contribuições dos programas públicos de integridade para a prevenção de cartéis em licitação, bem como sobre as limitações para a efetividade desses programas.

1 Lei anticorrupção: motor dos programas de integridade no Brasil

No Brasil, a implementação dos programas de integridade (*compliance*) foi amplamente incentivada a partir da edição da Lei nº 12.846, de 2013, também denominada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa. A referida lei teve como um dos principais objetivos a instituição do regime de responsabilização objetiva civil e administrativa para a pessoa jurídica, de modo a atender as prescrições transnacionais já previstas nas Convenções da Organização das Nações Unidas (ONU) (2003, art. 26) (NAÇÕES UNIDAS, [200-]), da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (1997, art. 2º e art. 3º, § 2º) (BRASIL, 2000) e de Palermo (2000, art. 10) (BRASIL, 2004).

Antes da edição do marco normativo anticorrupção, a responsabilização por atos de corrupção centrava-se de modo preponderante na pessoa física, principalmente na figura dos agentes públicos. Todavia, a partir da edição da Lei Anticorrupção, o ordenamento passou a prever a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica de modo independente da responsabilização individual e pessoal dos diretores, dos administradores ou de qualquer pessoa natural autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (§ 1º do art. 3º), inclusive quando praticado contra a administração pública estrangeira.

Para a imputação da responsabilidade, basta a constatação da prática de quaisquer dos atos lesivos por qualquer pessoa física ou jurídica vinculada à empresa, desde que a ação possa resultar em benefício direto ou indireto à pessoa jurídica. A responsabilização não se restringe à empresa diretamente envolvida com o ato lesivo, pois há a possibilidade de extensão da responsabilidade solidária para as sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, para as consorciadas. Em caso de fusão ou incorporação, haverá a responsabilidade por sucessão, até o limite do patrimônio transferido (MENDES; CARVALHO, 2017).

Nessa quadratura, existe um alargamento da possibilidade de imputação de responsabilização da pessoa jurídica, daí porque a cultura de conformidade, direcionada à prevenção de atos anticorrupção, passa a ser necessária em toda a sua cadeia de relacionamento. Nesse cenário, ganham força os sistemas de controle interno no âmbito das empresas, materializados principalmente pelos programas de integridade (*compliance*).

É possível, assim, afirmar que os programas são também uma resposta aos riscos de incidência das penalidades da Lei Anticorrupção. Isso é verdade especialmente para as empresas que mantenham relacionamento com o Estado ou que dele recebam recursos ou incentivos para o desenvolvimento de suas atividades. Além disso, considerando-se a possibilidade de aplicação da sanção de dissolução compulsória (inciso III do *caput* do art. 19), a adoção dos programas de integridade se converte também em uma questão de vida ou morte, mormente quando o grau de exposição às oportunidades para a prática de atos lesivos for elevado.

A Lei nº 12.846, de 2013, não fixou o conceito dos programas de integridade, pois se limitou a enunciar a possibilidade de sua utilização como critério para mitigação das penalidades a serem aplicadas (inciso VIII do *caput* do art. 7º). Consequentemente, a delimitação conceitual apenas foi feita por ocasião da regulamentação da norma. Eis a redação do art. 41 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade (BRASIL, 2015b).

O conceito adotado no referido Decreto também guarda correspondência na doutrina. Segundo Frazão (2017, p. 18),

compliance diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade. Trata-se de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada, capazes de fornecer as diretrizes adequadas à estrutura interna das empresas para que os ilícitos sejam prevenidos de maneira mais adequada, muitas vezes antes de projetarem seus efeitos.

Os programas de *compliance* não representam uma garantia contra os desvios de conduta e as crises por eles causadas. Esses programas visam a estabelecer mecanismos e procedimentos para introduzir o cumprimento da legislação como parte da cultura corporativa, minimizando as possibilidades de ocorrência dos ilícitos e, uma vez ocorridos,

criam ferramentas para a sua rápida identificação, estabelecendo como a empresa lidará com os problemas (MENDES; CARVALHO, 2017).

Diante desse quadro, a Lei Anticorrupção representou um novo paradigma para a disseminação dos programas de integridade. Entretanto, para além da esfera privada, ganhou força a ideia de incorporação dos mesmos princípios e mecanismos do *compliance* no ambiente público, mediante a utilização de ferramentas percebidas como mais eficientes para promover o engajamento dos agentes públicos com a cultura de integridade, para facilitar a compreensão e a assimilação dos riscos aos quais eles estão submetidos e do comportamento esperado deles, especialmente porque são gestores de recursos públicos.

Por essa razão, acompanhando tal tendência, inicialmente a Portaria nº 784 da Controladoria-Geral da União, de 28 de abril de 2016, (BRASIL, 2016a), instituiu o Programa de Fomento da Integridade Pública, de adesão voluntária, com o objetivo de orientar e capacitar os órgãos, as autarquias e as fundações a implementarem os programas de integridade. Em seguida, o art. 9º da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (BRASIL, 2016b), ao dispor sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, determinou a criação de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno, inclusive mediante a elaboração dos códigos de conduta e integridade, com a possibilidade de que a área de *compliance* se reporte diretamente ao Conselho de Administração. Por fim, o Decreto nº 9.203, de 2017 (BRASIL, 2017b), obrigou os órgãos e as entidades a criarem os programas públicos de integridade. Ou seja, de um modo reflexo, a Lei Anticorrupção foi um fator determinante para alertar para a necessidade de adoção dos programas públicos de integridade.

2 Diferenças entre a auditoria realizada pelos órgãos de controle interno e os programas públicos de integridade

O presente artigo pretende discutir em que medida os programas públicos de integridade podem contribuir para a política de combate a cartéis em licitação no Brasil. Porém, antes de prosseguir, é pertinente fazer a seguinte indagação: qual a necessidade da implementação dos programas públicos de integridade, considerando-se a subordinação da administração pública aos sistemas de controle?

O controle pode ser classificado em administrativo, legislativo (político e financeiro) e judicial. O controle administrativo é lastreado pelo dever de autotutela e se manifesta pelo poder de fiscalização e correção que a administração pública exerce sobre a sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação (DI PIETRO, 2014, p. 808-898). Ainda no âmbito do controle administrativo, há o controle interno, com aspecto mais amplo, podendo abarcar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração pública federal direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas.

Por sua vez, o art. 74 da CRFB obriga a integração dos sistemas de controle interno de todos os poderes com a finalidade de: (i) avaliar o cumprimento das metas contempladas nos planos de governo e nas leis orçamentárias; (ii) comprovar a legalidade e os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e nas entidades da administração pública federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (iii) controlar as operações de crédito,

os avais e as garantias, e os direitos e os haveres da União; e (iv) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

No nível do Poder Executivo federal, a organização e a disciplina do sistema de controle interno se deram a partir da edição da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001 (BRASIL, [2017d]). Assim, cabe aos órgãos e às entidades do sistema, entre outras atribuições, a apuração da existência de atos ou fatos ilegais ou irregulares praticados por agentes públicos ou privados na utilização de recursos públicos federais. Entretanto, apesar do tempo transcorrido desde a edição desse marco legal, pode-se afirmar que os instrumentos até então utilizados não foram capazes de garantir níveis aceitáveis de governança pública. De acordo com o Tribunal de Contas da União, a governança relaciona-se

com processos de comunicação; de análise e avaliação; de liderança, tomada de decisão e direção; de controle, monitoramento e prestação de contas. De modo complementar, gestão diz respeito ao funcionamento do dia a dia de programas e de organizações no contexto de estratégias, políticas, processos e procedimentos que foram estabelecidos pelo órgão (WORLD BANK, 2013); preocupa-se com a eficácia (cumprir as ações prioritizadas) e a eficiência das ações (realizar as ações da melhor forma possível, em termos de custo-benefício) (BRASIL, 2014, p. 31).

A esse respeito, o Acórdão nº 588 do Tribunal de Contas da União, de 2018 (BRASIL, 2018d), apontou para a baixa maturidade de governança pública no Poder Executivo federal, o que contribui para a vulnerabilidade à ocorrência de fraudes e corrupção. Além disso, os escândalos de corrupção, a exemplo daqueles apurados na operação Lava Jato, retratam o hiato existente entre as pres-

crições normativas regentes da administração pública e a forma como as atividades administrativas, os contratos e os negócios são firmados e executados. É um problema que evidencia o esgotamento da abordagem centrada em comando e controle para criar um ambiente de aderência normativa.

Segundo Frazão (2017, p. 10),

é urgente que se evidenciem as limitações da regulação de comando e controle, isto é, da regulação tradicional baseada apenas na imposição de deveres coercitivos. Além dos inúmeros problemas de eficácia, é impossível que as autoridades públicas, com seus recursos limitados, possam unilateralmente gerenciar, controlar e supervisionar o mercado apenas com base em deveres coercitivos, sobretudo diante de ilícitos que, como os concorrenciais e de corrupção, são normalmente de difícil identificação e comprovação.

Esse cenário aponta para a necessidade de introduzir novas rotinas na gestão pública e no enfrentamento da corrupção, embasadas em estratégias de busca de cooperação dos agentes públicos para o atingimento da conformidade ética e normativa também na esfera pública. Por isso, o Decreto nº 9.203, de 2017, que trata de diretrizes para a governança pública no âmbito federal, trouxe importantes sinalizações nesse sentido, ao determinar que a implementação dos controles internos privilegiará ações estratégicas de prevenção em vez de processos sancionadores (inciso VI do *caput* do art. 4º) e ao instituir a obrigatoriedade dos programas públicos de integridade (art. 19).

Além disso, é interessante notar que os programas públicos de integridade também se alinham às diretrizes fixadas na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que estabelece, em seu art. 5º, a necessidade de criação de políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção, contemplando a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas. Por seu turno, o art. 7º enuncia a importância da promoção de programas de formação e de capacitação dos servidores públicos que proporcionem diretrizes especializadas e apropriadas para a conscientização dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho de suas funções.

Os programas públicos de integridade não se confundem com as ações da auditoria interna¹, apesar de ambos compartilharem vários

¹Nos termos da Instrução Normativa nº 3, de 2017 (BRASIL, 2017e, p. 4), do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, “a auditoria interna governamental é uma atividade independente e objetiva de avaliação e de consultoria, desenhada para adicionar valor e melhorar as operações de uma organização. Deve buscar auxiliar as organizações públicas a realizarem seus objetivos, a partir da aplicação de uma

princípios. A ideia é que os programas públicos de integridade se somem aos instrumentos de controle interno existentes e, por serem específicos, elevem a prioridade das estratégias de prevenção no âmbito das autarquias e das fundações e facilitem a efetividade, possibilitando a execução por uma equipe especializada. Nesse sentido, é oportuna a transcrição do Guia de Integridade para Empresas Estatais do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (BRASIL, 2015a, p. 11):

Ao atribuir uma identidade própria aos instrumentos, controles e atividades ligadas à gestão de riscos de fraude e corrupção, a criação de um Programa de Integridade permite às empresas estatais elevar a prioridade estratégica atribuída à prevenção e ao combate à corrupção e fraudes, otimizar a utilização das ferramentas já existentes (como ouvidoria e comissão de ética, por exemplo) para atuarem neste tema, bem como ampliar o objetivo destes instrumentos e controles para além da gestão de riscos, passando a englobar a construção de uma verdadeira cultura ética, que permeie todas as atividades e a cadeia de negócios da empresa.

O Guia Prático de Implementação do Programa de Integridade Pública (BRASIL, 2018b) também deixa assente a necessidade de articulação dos planos de integridade com os mecanismos de controle já existentes. Caberá à unidade gestora do órgão ou da entidade da administração pública a coordenação da estruturação, a execução e o monitoramento do Programa de Integridade, além da orientação, do treinamento e da promoção de outras ações relacionadas, em conjunto com as demais unidades existentes. Tais competências poderão ser atribuídas a outra unidade ou a comitê previamente constituído no órgão ou na entidade, desde que seja designado, no mínimo, um servidor para atuar de forma permanente em relação ao assunto.

Desse modo, os programas públicos de integridade podem e devem ser implementados independentemente de haver na administração pública um sistema interno de controle. Na verdade, a linguagem e a abordagem específica por eles adotadas apresentam maior aptidão para fomentar o engajamento espontâneo e perene da administração pública e de seus agentes em políticas de conformidade. Ademais, eles representam oportunidade concreta para a realização de intervenções regulatórias mais eficientes, informadas no comportamento humano (COSTA, 2017), de modo a internalizar o componente de irracionalidade humana (ARIELY, 2008), as heurísticas e os vieses do processo de decisão (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974).

abordagem sistemática e disciplinada para avaliar e melhorar a eficácia dos processos de governança, de gerenciamento de riscos e de controles internos”.

3 Interface entre as políticas de promoção da concorrência e de combate à corrupção

O ponto de intercessão mais evidente entre o direito anticorrupção e o direito da concorrência são os cartéis em processos licitatórios (*bid rigging* ou *collusive tendering*). Tais práticas se caracterizam pela conspiração entre os licitantes concorrentes entre si, com a finalidade de segmentar mercados, aumentar preços ou de baixar a qualidade dos bens e dos serviços a serem ofertados no processo de licitação.

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2009), as formas mais comuns de conluio são: (i) a apresentação de propostas fictícias ou de cobertura, para dar a aparência de concorrência entre os licitantes; (ii) a supressão de propostas, em que uma ou mais empresas estipulam a abstenção de concorrer ou a retirada de uma proposta previamente apresentada; (iii) as propostas rotativas, nas quais as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora; e (iv) a divisão de mercado, envolvendo o acordo para não concorrer por clientes específicos ou em áreas geográficas estipuladas.

Como em qualquer cartel, a colusão horizontal nas licitações requer negociações complexas, como a divisão de ganhos, os acordos sobre condições de cumprimento, de monitoramento e de punição. Desse modo, é bastante provável haver acordos de suborno entre os atores econômicos e os agentes públicos, com vistas a garantir a estabilização desses cartéis, até porque o agente público corrupto pode providenciar meios de retaliação, criar barreiras de entrada e, ainda, reduzir os riscos de detecção (LAMBERT-MOGILANSKY; SONIN, 2006). Nesse passo, os cartéis em licitação contribuem tanto para a corrosão da confiança pública como destroem a lógica da concorrência, resultando na subversão do propósito de garantir a observância ao princípio constitucional da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Diante disso, há vários dispositivos legais para coibir os cartéis em licitação. O art. 90 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, [2017c]), criminaliza a colusão empregada por indivíduos com a finalidade de frustrar o caráter competitivo da licitação. No âmbito da repressão às infrações contra a ordem econômica, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL, [2015c]), veda o acordo, a combinação ou o ajuste entre concorrentes de preços, condições, vantagens ou abstenções em licitação pública (alínea “d” do inciso I do § 3º do art. 36). Por fim, a Lei nº 12.826, de 5 de junho de 2013 (BRASIL, 2013), veda, no tocante a licitações e contratos, a frustração ou a fraude do caráter competitivo

do processo licitatório público, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente (alínea “a” do inciso IV do *caput* do art. 5º).

Sem embargo do exposto, a interface entre a concorrência e a corrupção transcende as categorizações legais. Na verdade, tal qual revela o relatório global de competitividade do *World Economic Forum* (SCHWAB, 2017), a corrupção é um fator que afeta a competitividade. Segundo a organização, o Brasil recuperou onze posições no pilar institucional diante do prosseguimento das investigações dos escândalos de corrupção e de mais ações em prol da transparência.

Na verdade, quanto maior for a percepção de corrupção nos países, menores serão os níveis de concorrência e de produtividade verificados, e o reverso também se aplica (LEWIS, 2014). A explicação econômica comum para esse fenômeno gira em torno da ideia de *rent-seeking*, atrelada à tentativa de obtenção de renda econômica pela manipulação do ambiente econômico, sem qualquer preocupação com a geração de uma nova riqueza (LEWIS, 2014). A busca pela renda econômica (*economic rent*), mormente em situações de falhas de mercado, incentiva as firmas a praticarem a colusão com os seus competidores ou a agirem de modo a excluir os seus rivais e os potenciais entrantes (LEWIS, 2014).

Por dedução lógica, quanto menor for a competição em um dado mercado, maior será a garantia de retornos econômicos. Do mesmo modo, se um mercado for altamente competitivo, as oportunidades para a alocação da renda econômica estarão pulverizadas entre os vários agentes. Daí porque, em mercados mais fechados, o incentivo para o engajamento com a corrupção é maior, pois o retorno para as firmas será maior.

A questão é que o agente público sabe que, ao limitar a entrada ou induzir a saída, estará

atuando tanto em favor das firmas incumbentes – garantindo uma maior renda econômica – quanto poderá agir em seu próprio interesse, explorando o *rent-seeking* (LEWIS, 2014). Essa lógica funciona como um incentivo para a prática de corrupção por agentes públicos e para a existência da corrupção política. Em outras palavras, os agentes corruptos procuram também extrair renda, abusando de sua possibilidade de atuação e mitigando os riscos de detecção.

Quanto à conexão entre corrupção política e competição, é interessante transcrever o seguinte trecho do artigo de Lewis (2014, p. 21):

The connection between political corruption and competition is, as with the connection between public service corruption and competition, self-evident. Major public contracts are awarded, not on the merits, but in order to secure the political support of the beneficiaries and the constituencies that they represent; investment decisions – particularly foreign investment decisions – are mediated by politically connected middlemen who perform no function other than securing the necessary political and administrative permissions required for the investment to go ahead, a pure rent-seeking cost. However the costs of political corruption are significantly greater than the dampening impact on competition. It significantly compromises public life and administration.

Além disso, em geral, a corrupção está intrinsecamente ligada à baixa produtividade, pois firmas mais ineficientes continuarão existindo, a despeito da sua incapacidade para competir. Como salienta Frazão (2017, p. 5), a corrupção distorce a concorrência, ao substituir o critério da eficiência pelo critério da proximidade política ou da compra de facilidades, de maneira a criar excessivos e desnecessários custos de transação, os quais podem

se converter em verdadeiras barreiras à entrada nos mercados ou em fatores que dificultam ou mesmo impossibilitam a rivalidade. Ainda segundo a autora,

um dos efeitos mais nefastos daí decorrentes é que a corrupção acaba privilegiando os grandes agentes econômicos – a macroempresa –, pois eles têm melhores condições de administrar o aumento dos custos de transação decorrentes da corrupção, o que pode estimular ainda mais a concentração de poder já existente. Especialmente em mercados nos quais já existem consideráveis barreiras à entrada, a corrupção pode estabelecer verdadeiro círculo vicioso, na medida em que quanto mais é vista como alternativa para contornar tais barreiras, mais se consolidará (FRAZÃO, 2017, p. 5).

Diante disso, é clara a proximidade entre as condutas anticompetitivas e a corrupção. Segundo Lewis (2014, p. 21),

corrupt conduct and anti-competitive conduct have much in common. Economic rent is central to both. The most serious forms of anti-competitive and corrupt conduct are conspiracies against the public and, it is reasonable to hypothesise, both impact disproportionately on the poor. Both reduce economic efficiency and impose draconian economic costs. Both erect barriers to market entry. Both are characterised by conduct that is widely understood to be corrupt or anti-competitive and that is frequently criminal. Both are also characterised by grey areas where social norms and national specificities and, in the case of competition enforcement certainly, complex economic reasoning play a significant role in establishing the boundaries between conduct that is acceptable, even celebrated, and that which is not. And both are wicked problems.

Assim, por emergirem de motivações econômicas similares, o combate à corrupção e a

promoção da concorrência devem ser abordados de maneira holística, seja no campo de ações preventivas, seja na condução de estratégias para diminuição do *rent-seeking*. Além disso, é premente a contínua cooperação entre as autoridades antitruste, os órgãos anticorrupção e a administração pública em geral. No campo das licitações públicas, essas autoridades podem exercer um papel primordial, mormente no intercâmbio de informações e na produção de conhecimento específico para reconhecer a prática de corrupção e de colusão. Como será visto a seguir, os programas públicos de integridade têm o potencial de contribuir com esse propósito.

4 Programas públicos de integridade como instrumentos para combate a cartéis em licitação

A regulamentação dos programas públicos de integridade não exigiu a internalização de preocupações concorrenciais. Não obstante, a ideia de prevenir os cartéis em licitação já está inserida no escopo de remediação de “fraudes e atos de corrupção”. Nesse sentido, é possível e necessária a previsão de medidas específicas na elaboração dos planos de integridade para enfrentar a colusão entre concorrentes nas contratações públicas.

O levantamento dos principais riscos para a ocorrência de corrupção é uma das premissas para a elaboração de qualquer programa de integridade. Além disso, também se faz necessária a verificação da situação das unidades administrativas com atuação na área de integridade. Nesse caso, faz-se o exame da existência e do grau de institucionalização da comissão de ética, do código de ética e de conduta, da autoridade de acesso à informação, da área de conflito de interesses, do canal de

denúncias, das áreas responsáveis pelos controles internos e da área de responsabilização.

A partir do diagnóstico específico, são concebidas as medidas de atuação, considerando-se os fatores organizacionais e individuais e as vulnerabilidades em normas, estruturas, políticas, processos e sistemas. Em suma, o plano de integridade será concebido com base no diagnóstico da situação organizacional e dos riscos, de maneira a reunir as informações sobre a organização, as principais atribuições, as áreas de risco, e dele constará o resumo das medidas a serem implementadas para prevenir, detectar e remediar os fatores de vulnerabilidade para a integridade.

Tendo em vista que a contratação pública é umas das atividades governamentais mais vulneráveis à corrupção, esse será o foco da avaliação de riscos nos programas públicos de integridade. Entretanto, para além disso, é premente a análise do grau de exposição dos agentes à situação de cartéis em licitação, especialmente considerando-se o tipo de atuação dos órgãos e das entidades, o grau de interação dos agentes públicos com os agentes econômicos e o mercado em que a contratação ocorrerá.

Sem embargo, o principal obstáculo para essa medida é a ausência de conhecimento específico dos agentes públicos sobre os aspectos envolvidos na concorrência. Assim, será um fator basilar no desenvolvimento desses planos o estabelecimento de cooperação entre os órgãos e entidades públicas e as partes integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com a finalidade de trocar experiências e de construir uma linguagem comum, mormente quanto aos possíveis sinais de manipulação de propostas entre concorrentes.

Outrossim, uma das principais medidas de ação a ser prevista nos planos é a capacitação do corpo dos servidores públicos, com a finalidade de gerar o conhecimento adequado, a experiência e a qualificação para evitar e enfrentar os riscos de fraude e corrupção. Desse modo, com base na sabida interface entre a corrupção e os cartéis de licitação, é adequado também contemplar, nos planos de capacitação, a realização de cursos e de programas específicos sobre a promoção da concorrência e os seus impactos na seara da contratação.

Além da capacitação, as unidades de integridade devem adotar uma linguagem clara e conectada com as principais competências e atividades, com o propósito de comunicar o comportamento esperado dos agentes públicos do ponto de vista ético. Nesse aspecto, as estratégias de comunicação devem abarcar esclarecimentos sobre os riscos para a colusão entre os concorrentes e as atitudes a serem adotadas, uma vez identificados os sinais de cartéis em licitação.

Em suma, as ações dos planos de integridade podem ser estruturadas com a finalidade de que os agentes públicos responsáveis pela licitação, pela gestão e pela fiscalização dos contratos saibam lidar com as situações de vulnerabilidade, assim como identificar os padrões suspeitos de colusão entre concorrentes. Nesse sentido, é pertinente a elaboração de um código ou de um manual específico para a unidade, com o escopo de endereçar essas preocupações, fazendo-se conexões com as experiências cotidianas dos agentes públicos. Na verdade, a utilização de códigos de conduta tende a não ser efetiva caso eles se limitem a resumir normas abstratas, complexas e sem conexão com a prática do agente público (COSTA, 2017).

A preocupação com a existência de mercados mais favoráveis à colusão, como aqueles relacionados às grandes obras e às áreas de infraestrutura, deve ser externada em tais códigos ou manuais. Além disso, os agentes públicos devem ter consciência de que a chance de colusão é grande quando não há uma pluralidade de ofertantes, nas situações em que os mesmos vendedores repetidamente vendem para os mesmos compradores, quando os concorrentes têm contato frequente entre si, quando as propostas feitas são superiores aos valores de mercado ou àqueles já lançados em licitações anteriores. Também se verifica que é mais provável acontecer a corrupção quando são repetidos os vencedores, quando há rodízios suspeitos.

Nesse sentido, os códigos ou os manuais podem sinalizar a possibilidade de agravamento dos riscos para a colusão entre concorrentes pela verificação das seguintes situações (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2009): (i) pequeno número de empresas fornecedoras de bem ou serviço, pois, quanto menor o número de fornecedores, mais fácil será a realização de acordos; (ii) nível reduzido ou nulo de entradas no mercado; (iii) condições do mercado; (iv) presença de associações comerciais/associações de classe, que podem ser utilizadas pelas empresas para se encontrarem e ocultarem as suas discussões sobre as formas e os meios de alcançar e implementar um acordo de cartel; e (v) licitações frequentes, pois a frequência com que licitações são apresentadas ajuda os membros de um acordo de cartel a distribuir entre si os contratos.

Além disso, os agentes públicos precisam estar preparados para identificar os indícios comuns das práticas de colusão entre concorrentes. São exemplos deles a apresentação frequente de proposta mais baixa pelo mesmo fornecedor, a distribuição geográfica das propostas vencedoras, a existência de empresas que apresentam propostas que nunca são bem-sucedidas, as suspeitas de rodízio, a subcontratação reiterada dos demais concorrentes, e a não aceitação de concorrente ven-

cedor da adjudicação do contrato, com a sua posterior subcontratação (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2009).

Desse modo, as ações contempladas nos programas de integridade devem resultar em lembretes ativos, consistentes e constantes dirigidos aos agentes públicos quanto aos fatores para a colusão entre concorrentes e aos seus indícios. Pelo fato de esses lembretes gerarem um estado consciente de alerta, acredita-se que eles têm o condão de elevar as chances de detecção e de facilitar a prevenção.

Sendo identificadas as situações suspeitas, os planos de integridade podem prever o dever dos agentes públicos de comunicarem à autoridade de concorrência os possíveis ilícitos no procedimento de aquisição e de fornecerem informações e dados de licitações, de maneira a auxiliar o monitoramento a ser feito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Outrossim, os planos de integridade devem se preocupar com o fortalecimento, no âmbito dos órgãos e das entidades, do canal de denúncias, para assegurar aos denunciantes (cidadãos, empresas e agentes públicos) a proteção de sua identidade e para comunicar o compromisso com a instauração de procedimentos de investigação.

Quando essas ações são incorporadas nos planos de integridade, abre-se uma oportunidade para que as políticas anticorrupção e de promoção de concorrência sejam desenvolvidas de modo transversal e com mais chances de sucesso no engajamento do corpo de agentes públicos, até porque essa é uma abordagem mais voltada para a cooperação. Além disso, não pode ser ignorado o poder dos lembretes e dos alertas introduzidos nas ações provenientes dos planos de integridade, para funcionarem como um *nudge* na prevenção da corrupção (COSTA, 2017).

Boa parte dessas iniciativas poderia ser tomada independentemente da existência dos programas públicos de integridade, a exemplo da celebração de termos de cooperação entre os órgãos do sistema de defesa de concorrência e os demais entes públicos, além da incorporação da matéria concorrencial nos planos de capacitação. Todavia, adotá-los implica elevar a prioridade do tratamento da corrupção e dos cartéis em licitação no âmbito da organização, inclusive diante da designação de uma unidade específica para trabalhar a integridade. Desse modo, as ações decorrentes dos programas públicos de integridade detêm um viés mais sistemático, perene e organizado para tratamento da integridade no âmbito organizacional, possibilitando o monitoramento específico.

Porém, programas efetivos são difíceis de serem implementados. Um dos desafios no setor público será promover o engajamento da alta administração, muitas vezes já envolvida com a corrupção política. Veja-se que a regulamentação dos programas de integridade não dispôs

sobre incentivos para que esses agentes incorporem, de maneira efetiva, os programas de integridade na agenda dos órgãos públicos e das entidades da administração pública. Como já mencionado no primeiro tópico, no âmbito privado, o incentivo fixado para a adoção dos programas de *compliance* foi a mitigação das penalidades a serem imputadas à empresa, o que não encontra paralelo no âmbito público, até porque tais órgãos e entidades são considerados vítimas da corrupção.

Além disso, outro fator que compromete a efetividade dos programas públicos de integridade é a alta complexidade na concretização das diretrizes de integridade e os elevados custos envolvidos. Quanto ao último aspecto, é difícil que, em um contexto de contingenciamento fiscal, haja o direcionamento pela alta administração de recursos humanos e de recursos orçamentários suficientes para a unidade de integridade e para financiar as ações contempladas nos programas. Apesar dessas dificuldades, o principal objetivo deste artigo é apontar o potencial desse instrumento como um fator de prevenção aos cartéis em licitação, desde que haja condições para uma implementação adequada, e não meramente formal.

No contexto atual, a efetividade dos planos de integridade, especialmente no que diz respeito aos cartéis em licitação, permanece uma incógnita, que merece ser pesquisada e avaliada pela comunidade acadêmica.

Considerações finais

Na primeira parte do artigo, verificou-se que a edição da Lei nº 12.846, de 2013, também denominada Lei Anticorrupção, representou impulso para a disseminação dos programas de integridade. As principais razões para tanto foram a incrementação dos riscos para a punição das empresas diante da responsabilidade civil e administrativa objetiva pela prática de atos lesivos, e a consideração dos programas de integridade como um fator de mitigação para as penalidades.

Entretanto, para além da esfera privada, ganhou força a ideia de incorporação dos mesmos princípios e mecanismos do *compliance* no ambiente público, devido à crença na eficiência das ferramentas dos programas de *compliance* para promover o engajamento dos agentes públicos na cultura de integridade, facilitar a compreensão e a assimilação sobre os riscos aos quais eles estão submetidos e sobre o comportamento esperado deles, especialmente porque são gestores de recursos públicos.

Na segunda parte, defendeu-se que os programas públicos de integridade podem e devem ser implementados independentemente de haver na administração pública um sistema interno de controle. Isso porque as suas ferramentas serão somadas às estruturas de integridade já existentes na administração pública, de modo a tratar o tema da integridade com um eixo diverso daquele explorado pelo órgão de controle interno. Na verdade, acredita-se que a linguagem e a abordagem específica adotadas nos programas de integridade apresentam mais aptidão para fomentar o engajamento espontâneo da administração pública e de seus agentes em políticas de conformidade.

Na terceira parte, estabeleceu-se a correlação entre as políticas anticorrupção e de promoção da concorrência, para além da categorização legal dos cartéis em licitação. Explicou-se que os níveis de percepção de corrupção são inversamente proporcionais aos níveis de percepção de concorrência e de produtividade. Além disso, a ideia de *rent-seeking* é comum à corrupção e aos ilícitos concorrenciais, porque justifica o móvel dos agentes em explorar a apropriação de rendas econômicas mediante a manipulação do ambiente econômico, sem a respectiva contrapartida em geração de riqueza. Logo, diante de uma menor pluralidade de agentes ou de maiores barreiras à entrada, será mais provável o cometimento de cartéis em licitação, muitas vezes sustentado pela corrupção do agente público. Diante dessas interfaces, impõe-se que a abordagem dos cartéis em licitação seja feita de modo transversal pelos órgãos de concorrência, pelas autoridades anticorrupção e pelos órgãos e entidades da administração pública.

Na quarta parte, sustentou-se que os programas públicos de integridade podem ser utilizados para endereçar preocupações concorrenciais, especialmente a prevenção dos car-

téis em licitação. Para tanto, defendeu-se que o diagnóstico de riscos leve também em conta o grau de exposição do órgão ou da entidade pública à conduta de colusão horizontal entre concorrentes, mormente considerando-se as condições de mercado, o número de agentes, a frequência e o vulto das licitações. Além disso, demonstrou-se a importância de capacitar o corpo de agentes públicos de modo contínuo, com foco nas questões de concorrência e nos sinais mais comuns de cartel em licitações. Foi aduzida também a necessidade de haver clara comunicação da área de integridade com os agentes e de ser feita a elaboração de códigos de conduta e de manuais específicos sobre o tema, de modo a tratar a questão de maneira mais conectada à experiência cotidiana, resultando na utilização de lembretes para criar a consciência de alerta para os possíveis sinais do ilícito.

Entendeu-se que a adoção dos programas públicos de integridade implica elevar a prioridade do tratamento da corrupção e dos cartéis em licitação no âmbito da organização com a designação de uma unidade específica para trabalhar a integridade. Desse modo, as ações dos programas públicos de integridade deteriam um viés mais sistemático, perene e organizado no tratamento da integridade no âmbito organizacional, possibilitando o monitoramento específico. Por fim, apontaram-se as incertezas quanto à efetividade desses planos de integridade, diante da ausência de incentivos específicos para a alta administração implementá-los, das dificuldades de concretização das diretrizes de integridade e dos altos custos envolvidos. Não obstante essas dificuldades, buscou-se despertar a comunidade para o potencial desse instrumento como um fator de prevenção aos cartéis em licitação, desde que estruturado de modo adequado, e não meramente formal.

Sobre a autora

Natalia de Melo Lacerda é graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestranda em Direito na Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; procuradora-chefe da Procuradoria Federal Especializada da Agência Nacional de Águas em Brasília, DF, Brasil.

E-mail: natalialacer@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

LACERDA, Natalia de Melo. A emergência dos programas públicos de integridade como instrumento de prevenção de cartéis em licitação. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 111-130, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p111

(APA)

Lacerda, N. de M. (2019). A emergência dos programas públicos de integridade como instrumento de prevenção de cartéis em licitação. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 111-130. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p111

Referências

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões*. Tradução: Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Controladoria-Geral da União. *Guia de implantação de programas de integridade nas empresas estatais: orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais*. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, 2015a. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. Controladoria-Geral da União. *Portaria nº 784, de 28 de abril de 2016*. Institui o Programa de Fomento da Integridade Pública da Controladoria-Geral da União, para a administração pública, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal. [Brasília, DF: Controladoria-Geral da União], 2016a. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_784_2016.pdf. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001*. Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10180.htm. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2015c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Lei nº 12.826, de 5 de junho de 2013*. Dispõe sobre a criação da Universidade Federal do Cariri – UFCA, por desmembramento da Universidade Federal do Ceará – UFC, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12826.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Lei nº 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, DF: Presidência da República, [2015d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm#art31. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *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, 2016b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Lei nº 13.587, de 2 de janeiro de 2018*. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2018. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13587.htm. Acesso em: 21 jan. 2019.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Guia prático de implementação de programa de integridade pública: orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional*. Brasília, DF: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2018b. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/integridade-2018.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Instrução Normativa nº 3, de 9 de junho de 2017*. Aprova o Referencial Técnico da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal. [Brasília, DF]: Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, 2017e. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/instrucoes-normativas/in_cgu_03_2017.pdf. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Portaria nº [1.089], de 25 de abril de 2018*. Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. [Brasília, DF: Controladoria-Geral da União], 2018c. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/04/cgu-lanca-regulamentacao-para-programas-de-integridade-no-governo-federal/portaria-cgu-1089-2018-1.pdf/view>. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança*: aplicável a órgãos e entidades da administração pública. 2. versão. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Levantamento nº 588, de 2018*. Relator: Min. Bruno Dantas, 21 de março de 2018d. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/111/%252a/NUMACORDAO%253A588%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 21 jan. 2019.

CADE celebra acordo de leniência em investigação de cartel em licitações no Distrito Federal. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, [Brasília, DF], 12 jul. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-em-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-no-distrito-federal>. Acesso em: 21 jan. 2019.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Altas, 2014.

FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. In: _____ (org.). *Constituição, empresa e mercado*. Brasília, DF: Ed. UnB, 2017. p. 4-29.

LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane; SONIN, Konstantin. Collusive market sharing and corruption in procurement. *Journal of Economics & Management Strategy*, [Evanston, IL], v. 15, n. 4, p. 883-908, Oct. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1530-9134.2006.00121.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1530-9134.2006.00121.x>. Acesso em: 21 jan. 2019.

LEWIS, David. *Fighting corruption and promoting competition*. [Geneva]: OECD, 27 Feb. 2014. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/OECD-DAF/oecd-gfc2014-davidlewis>. Acesso em: 21 jan. 2019.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Compliance*: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan, 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Brasília, DF: Nações Unidas, [200-]. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. [S. l.]: OCDE, 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2019.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro. *Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, DF, n. 14, p. 265-287, dez. 2014. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/cadernos-de-financas-publicas-1/mensur_merc_compras.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

SCHWAB, Klaus (ed.). *The global competitiveness report: 2017-2018*. Geneva: World Economic Forum, 2017. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, [Washington, DC], v. 185, n. 4.157, p. 1.124-1.131, Sept. 1974. Disponível em: http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

Responsabilidade por parecer jurídico

Foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios

ANDRÉ SADDY

Resumo: O artigo trata da responsabilidade por parecer jurídico em processos licitatórios, abordando inicialmente o conceito de licitação e a caracterização dos dois ritos que podem ser adotados nesse processo, o licitatório, tido geralmente como a regra, e a contratação direta (dispensa ou inexigibilidade, basicamente), com caráter de exceção. Tendo em vista a obrigatoriedade do parecer jurídico no primeiro rito segundo a Lei nº 8.666/1993, as espécies do parecer distinguem-se entre não vinculativos e vinculativos. Dessa forma, o parecerista só será responsabilizado na primeira classificação caso haja má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável, ao passo que na segunda há responsabilidade solidária independente desses aspectos. Em seguida, trata-se do parecer jurídico no rito da contratação direta, o qual é não obrigatório e não vinculativo. Assim, há responsabilidade em caso de má-fé ou dolo, exclusivamente, por ser necessário evidenciar a intenção deliberada de causar dano.

Palavras-chave: Licitação. Responsabilidade. Parecer jurídico. Dispensa. Inexigibilidade.

Liability for legal opinion: focus on the prosecutor, advisor or legal consultant on bidding procedures

Abstract: This article is about the liability for legal opinion in bidding procedures. The work started with the concept of bidding and the characterization of the two rites that can be adopted in this process: the bidding process, usually taken as the rule, and the direct contracting (basically exemption or inexigibility), with an exception character. In view of the mandatory legal opinion in the first rite according to Law no. 8.666/1993, the species of the opinion differentiate between non-

Recebido em 12/6/18
Aprovado em 11/10/18

binding and binding. Thus, the consultant will only be held liable in the first classification if there is bad faith, deceit, serious guilt or gross error, inexcusable, while in the second there is joint responsibility independent of these aspects. Next, we talk about the legal opinion in the rite of direct contracting, in which it is non-mandatory and non-binding. Therefore, there will be responsibility in case of bad faith or fraud exclusively because it is necessary to show a deliberate intention to cause damage.

Keywords: Bidding. Liability. Legal opinion. Exemption. Inexigibility.

Introdução

Este artigo tem como principal objetivo analisar a responsabilidade por parecer jurídico dos procuradores, assessores ou consultores jurídicos em processos licitatórios de acordo com a espécie do parecer proferido por eles, com base em alguns entendimentos da doutrina e da jurisprudência.

A fim de atingir tal propósito, busca-se, inicialmente, definir licitação e seus ritos (rito licitatório e rito da contratação direta). Em seguida, identificam-se casos nos quais a opção que mais abrangeria os princípios basilares da Administração, como a celeridade, a economicidade e a eficiência, não corresponderia à licitação, mas sim à dispensa ou inexigibilidade de licitação. Demonstra-se que a escolha do rito a ser seguido deve ser determinada pelo caso concreto e suas facticidades. Tal fato é de extrema importância, pois, segundo entendimento da doutrina, influencia o tipo de parecer jurídico e conseqüentemente a responsabilidade do operador.

Num outro momento, procura-se distinguir as espécies de pareceres, dividindo-os em dois grupos: parecer jurídico no rito licitatório e no rito da contratação direta. No âmbito dessas divisões, é feita a subclassificação quanto à obrigatoriedade e quanto à vinculatividade. Dessa forma, constata-se três espécies: parecer jurídico obrigatório e não vinculativo; parecer jurídico obrigatório e vinculativo (ambos incluídos no rito licitatório); e, por último, parecer jurídico não obrigatório e não vinculativo (presente no rito da contratação direta).

Por fim, identifica-se que a responsabilidade ocorre na primeira espécie quando há má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável – entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência. Na segunda

espécie, há responsabilidade independentemente desses aspectos, posição que ganhou força com a exagerada e questionável decisão do STF no Mandado de Segurança (MS) 24.073/DF (BRASIL, 2003), que dispôs acerca da responsabilidade solidária do parecerista, diferenciando parecer facultativo, obrigatório e vinculante, indo de encontro à posição do MS 24.584/DF (BRASIL, 2008b). Quanto à terceira espécie, o parecerista é responsabilizado em caso de má-fé ou dolo, exclusivamente.

1 Processo licitatório, ritos e preclusão

Licitação, segundo conceito corrente, é o processo administrativo lento, custoso e trabalhoso pelo qual a Administração busca, por meio de habilitação de proponentes e julgamento objetivo – com base na isonomia e na competitividade –, selecionar a proposta mais vantajosa para si entre candidatos que sejam aptos a celebrar contratos, utilizar bens públicos ou se tornar delegatários de serviços públicos, com vistas a atender aos interesses públicos.

Interessa aqui fixar, desde já, a ideia central de que a licitação é um processo administrativo que visa, sempre, atender a uma finalidade básica: a proposta mais vantajosa para a Administração. Este é o fim maior da licitação. É, portanto, um processo que corresponde a um conjunto de atos preordenados à realização de determinado fim, qual seja, a *vantajosidade*.

O processo licitatório pode desenvolver-se consoante diferentes procedimentos, cada qual seguindo uma específica sequência de atos e formas (rito). A definição do procedimento a ser seguido na fase externa é de extrema importância e pode seguir o rito da licitação ou

o indicado para a contratação direta (dispensa ou inexigibilidade).

Significa que, em princípio, existem dois ritos: (i) aquele definido como regra, o rito licitatório, estabelecido no art. 43 da Lei nº 8.666/1993 ou no art. 4º da Lei nº 10.520/2002 (BRASIL, 1993, 2002c); e (ii) a dita exceção, o rito da contratação direta, estabelecida no art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

A decisão do procedimento a ser observado na fase externa deve ser tomada conforme as condicionantes estabelecidas em lei. O que determina isso é a situação fática de cada caso concreto. A regra é a obrigatoriedade do processo licitatório. Apesar de atualmente se encontrar positivada no art. 37, inc. XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), essa regra não é absoluta. Pelo contrário, essa obrigatoriedade é relativa e cede espaço ante a ocorrência de outros valores e mecanismos de contratação direta, isto é, por questões dogmáticas e, também, de caráter positivo, existindo exceções à regra da licitação¹.

¹ A questão dogmática liga-se à concepção que vê a licitação como instrumento para um fim, um processo seletivo para a obtenção da proposta mais vantajosa. Trata-se, portanto, de expediente formalmente criado em lei voltado a um fim específico e que assegura valores como a igualdade entre os licitantes, a legitimidade, a moralidade administrativa, a economicidade da gestão pública, entre outros. Dessa maneira, se assegurar tais valores é a razão de existir de um instrumento jurídico, também é certo que, se esses fins podem ser mais bem atendidos em determinados casos concretos, tal instrumento deva ser posto de lado. E, nestes casos, o afastamento da licitação não terá consequências prejudiciais à Administração, pelo contrário, poderá trazer a almejada *vantajosidade*. Definitiva, porém, é a questão de caráter positivo. A própria CRFB, em seu art. 37, inc. XXI, ressalva a aplicação da licitação nos casos especificados na legislação. Ou seja, é a própria Constituição que abre, expressamente, a possibilidade de o legislador determinar as hipóteses de inaplicação da regra da licitação. Em outras palavras, a licitação é um processo de seleção da proposta mais vantajosa, mas não necessariamente o único processo para tal escolha, sobretudo se a realidade não recomendar a sua ocorrência. Isso se dá porque a licitação é mero instrumento da ação estatal para atendimento de determinada finalidade pública prevista em lei

A Lei nº 8.666/1993 prevê, em seus arts. 24 e 25, respectivamente, hipóteses em que cabe ao Administrador, em função do seu poder discricionário, instaurar ou não o certame, o que configura a dispensa de licitação, e outras em que, devido à inviabilidade de competição, o certame é inexigível.

O traço distintivo entre dispensa e inexigibilidade é que, na primeira hipótese, há um elenco restrito das situações nas quais o Administrador está autorizado a contratar diretamente, ou seja, o rol é taxativo. Na inexigibilidade, por sua vez, tais hipóteses são meramente exemplificativas, já que seria impossível ao legislador enumerar todas as possibilidades para configurar a inviabilidade de competição, com isso, permitindo ao agente que, diante do caso concreto, reconhecendo a inviabilidade de competição, faça a contratação direta.

Dessa forma, na dispensa de licitação, a competição é viável (logo, poderiam existir outras propostas), mas confere-se ao Administrador, diante do caso concreto, a possibilidade de afastá-la justamente para o atendimento dos interesses públicos². Envolve, portanto, um juízo discricionário do Administrador, que, limitado pelo Direito e seus princípios, opta pela não realização do certame por entender que o interesse público será mais bem atendido.

Na inexigibilidade, por seu turno, existe a princípio, mas não sempre, a total inviabilidade de competição, seja porque o bem que se pretende adquirir é único, sem qualquer similaridade com outro, seja porque inexistem concor-

rentes, visto que apenas uma pessoa – física ou jurídica – pode prestar o serviço desejado, pois detém toda a especialização necessária para sua boa execução.

A viabilidade ou não da competição é, portanto, a principal distinção entre dispensa e inexigibilidade de licitação, como aponta Di Pietro (2001, p. 302):

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Todavia, o que define a condição de regra ou de exceção, na verdade, não são apenas esses critérios diferenciadores, mas a situação fática do caso analisado. Nada impede, por exemplo, que se interprete como regra a necessidade de contratação direta, por meio de dispensa ou inexigibilidade, o que poderá tornar a licitação uma exceção.

É possível, por exemplo, a dispensa de licitação para contratar instituição brasileira, sem fins lucrativos e de inquestionável reputação ético-profissional, que tenha por objetivo desenvolver, por força estatutária, uma das seguintes atividades: pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social do preso (art. 24, inc. XIII, Lei nº 8.666/1993). Caso os requisitos estejam presentes, a Administração tem a faculdade, em virtude de ser uma dispensa, de realizar a contratação direta. Porém, constatada a impossibilidade de competição, a licitação deve ser afastada, justificadamente, sob pena de se estabelecer procedimento administrativo, que demanda tempo,

ou na própria Constituição. Nas palavras de Mello (1999, p. 480), “a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado”. E, portanto, as exceções à regra da licitação podem ser definidas infraconstitucionalmente.

² Pereira Júnior (2003, p. 259): “A par de exauriente, o elenco de situações em que a licitação é dispensável apresenta-se com a característica de reservar à Administração discricionariedade para decidir, em face das circunstâncias do caso concreto, se dispensa ou não o certame”.

dinheiro e trabalho (princípios da celeridade, da economicidade e da eficiência), para se fazerem escolhas subjetivas ao final. Nesse caso, a exceção torna-se regra. Não pode, na inexigibilidade, o tomador de decisão escolher realizar a licitação. O Administrador está impedido, proibido de licitar. Por conseguinte, a situação fática define o que é a regra e o que é a exceção, por mais que o costume estabeleça que a regra é a licitação, e a exceção, a contratação direta (MENDES, 2012, p. 228).

Não poderia, pois, um agente político (um prefeito, por exemplo), sob o argumento de que deseja prestigiar a moralidade e o tratamento isonômico, determinar que, durante o seu mandato, não ocorrerá contratação direta e que todas as contratações devam ser precedidas de licitação.

Segundo Mendes (2012, p. 229, grifos nossos):

A legalidade não está em licitar sempre, mas apenas nos casos indicados na ordem jurídica, isto é, quando reunidos os pressupostos. Da mesma forma, não pode realizar a dispensa ou a inexigência com sentimento de culpa, como se estivesse fazendo algo ilegal. Portanto, a adoção da licitação em caso de inexigência é tão ilegal como a sua não realização quando cabível. A inexigência é a regra quando ausentes os pressupostos que determinam a licitação, bem como a sua dispensa poderá ocorrer quando, mesmo presentes os seus pressupostos, houver autorização legal para o seu afastamento. A ideia de regra e exceção na ordem jurídica é um valor relativo.

Saliente-se a ideia da preclusão; afinal, o processo administrativo, independentemente do rito, é um conjunto de atos sequenciais em que cada etapa nova exige a superação da que precede. Ou seja, devem-se considerar preclusas as fases já superadas. Assim, a ideia de preclusão consiste na técnica que “opera não só em relação aos atos processuais, individualmente considerados, obstando sua repetição, como por igual atua no pertinente às fases ou estágios que se sucedem no procedimento, nitidamente separados entre si” (PASSOS, 1983, p. 282).

A relevância da preclusão é ressaltada pela doutrina processualista, como em Alvim (1986, p. 314-315, grifo nosso): “A preclusão [...] é a *espinha dorsal do processo*, no que respeita ao seu andamento, pois é o instituto através do qual, no processo, se superam (sic) os estágios procedimentais, e não deixa de ser também um instituto propulsor da dinâmica processual”.

É, assim, uma exigência intrínseca a todo processo, independentemente do rito (licitatório ou da contratação direta), pois com ele se deseja atingir um fim para o qual é o mesmo instaurado – no caso, a homologação/adjudicação/ratificação do objeto e posterior contratação da pessoa jurídica.

2 A ótica da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade e as diferentes responsabilidades assumidas pelos agentes públicos

Tanto o agente público quanto o licitante devem considerar os atos administrativos emanados ao longo de um processo licitatório ou de contratação direta sob a ótica da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade. Essa presunção existe para cumprir a razão de ser do Estado – atender aos interesses públicos. Por isso, considera-se que os atos emanados pela Administração são realizados com “observância da lei” e, não menos importante, que se presumam “verdadeiros os fatos alegados pela Administração”, até prova em contrário (DI PIETRO, 2001, p. 182).

Se não fosse assim, certamente se instalaria o caos nas contratações públicas, precedidas ou não de licitação, pois cada agente público e licitante, temendo sua responsabilização, presumiria, em princípio, a existência de fraude e ilicitude de tudo que antecederesse à sua análise e conseqüentemente se sentiria compelido a refazer, confirmar os dados e informações lançadas nos autos ou demandar que o poder público confirmasse, por escrito, a legalidade, o que parece algo totalmente contra os princípios da Administração – entre eles, os da legalidade, eficiência e celeridade.

Em virtude disso, pode-se afirmar que cada agente responde exclusivamente pela ilicitude do ato por ele praticado. Logo, não se pode exigir que ele reveja, corrija ou conceda declaração sobre a legalidade, legitimidade e veracidade dos atos prévios ou posteriores que estejam fora do campo de sua competência (BRASIL, 2008c).

Conclui-se que o processo licitatório ou de contratação direta e, por conseguinte, os contratos dele derivados, bem como os convênios firmados por qualquer entidade da Administração Pública representam, por suas características, enorme desafio aos agentes públicos encarregados de sua execução.

A complexidade e variedade das normas (regras e princípios) estabelecidas pela legislação, por decisões dos Tribunais de Contas e pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais e Superiores exigem especial atenção com vistas a conduzir o processo nos parâmetros estabelecidos.

Uma vez detectadas falhas em processo licitatório ou da contratação direta em que se tenha apurado ou não dano ao erário, ou que se tenha vislumbrado ou não má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável na atuação dos responsáveis, cumpre identificar os autores e responsabilizar cada qual em sua individualidade, além de posteriormente

expedir determinações corretivas (BRASIL, 2007c). O Tribunal de Contas da União (TCU) estabelece:

verificada a existência da prática de um ato ilegal, deve o órgão fiscalizador identificar os autores da conduta, indicando sua responsabilidade individual e a culpa de cada um.

7. Dessa forma, constatada a existência de ato administrativo eivado de vício, pode ocorrer que nem todos os responsáveis sejam punidos, pois para que a sanção ocorra é necessário o exame individual da conduta e a culpabilidade dos agentes, que pode estar presente em relação a um e ausente em relação a outros. Pode incidir, ainda, alguma causa de exclusão da ilicitude da conduta ou da culpabilidade do agente (BRASIL, 2002b).

Isso significa que, verificadas as impropriedades e realizada a identificação de todos os agentes públicos envolvidos nos procedimentos tidos por irregulares, a fim de averiguar a responsabilidade de cada qual, deve a entidade buscar executar medidas corretivas dentro de um prazo razoável (BRASIL, 2007a).

Ressalte-se que a adoção de medidas corretivas posteriores não elide a ocorrência das irregularidades apuradas, tampouco isenta os responsáveis das sanções previstas (BRASIL, 2010).

3 Responsabilidade dos pareceristas conforme o rito licitatório

O parecer jurídico previsto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, tem caráter obrigatório no rito licitatório e apenas nesse rito. Como regra, tem por objetivo evitar defeitos capazes de provocar nulidades no processo licitatório. Apesar de existir divergência

se tal parecer jurídico vincula o gestor/dirigente, entende-se que este examina e aprova, no final da fase interna, prévia e conclusivamente, as minutas (versão escrita) do edital, contrato, convênio ou ajuste.

Visto ser o parecer jurídico, no rito licitatório, obrigatório, a ausência de remessa ao órgão jurídico tem condão de ensejar a nulidade de todo o processo licitatório, existindo divergência sobre a possibilidade de convalidação por ato posterior. E isso significa que a manifestação jurídica constitui verdadeira condição de validade para as minutas do instrumento convocatório (edital ou carta-convite) no âmbito da fase interna da licitação³.

No entanto, não existe a obrigatoriedade desse parecer no rito da contratação direta. As contratações diretas só podem ser realizadas se forem devidamente justificadas, ou seja, calcadas no direito positivo, na proposta mais vantajosa e, se possível, na doutrina e na jurisprudência. Isso não significa, porém, que a justificativa tenha de ser realizada pelo procurador, assessoria ou consultoria jurídica. Além de não ser obrigatório, não se vê, como se poderá analisar, divergência quanto ao poder vinculativo desse parecer.

Passa-se a analisar, nessa perspectiva, as diferentes concepções jurídicas relativas à responsabilidade dos pareceristas, conforme a doutrina e a jurisprudência, com foco na espécie de parecer por eles emitido, pois é isso que diferencia a extensão das suas responsabilidades⁴. Ressalte-se desde já, porém, que para a análise do caso em questão interessa apenas o rito da contratação direta.

³ Este é o entendimento do TCU (BRASIL, 2007b).

⁴ Recorde-se a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/1999) (BRASIL, 1999) que classifica os pareceres em: (i) obrigatório e vinculante; e (ii) obrigatório e não vinculante (art. 42, §§ 1º e 2º). Apesar de não mencionar, admitem-se pareceres não obrigatórios e não vinculantes, também denominados facultativos.

3.1 Rito licitatório: parecer jurídico obrigatório e não vinculativo (responsabilidade em casos de má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável)

Boa parte da doutrina – e durante muito tempo da jurisprudência – entendeu que a responsabilidade só poderia ocorrer em casos de má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável. Essa corrente aplica-se aos casos de rito licitatório quando se exige manifestação jurídica de forma obrigatória, mas não vinculativa, ao gestor/dirigente público, que pode dela discordar, desde que de forma fundamentada.

Perceba-se que o parecer é obrigatório quanto à sua presença, mas não é, e jamais poderia ser, obrigatório quanto ao seu acolhimento. Não se pode confundir existência com efeitos. Entre os autores que defendem esse posicionamento estão: Di Pietro (1995), Mello (2011), Carvalho Filho (2012), Moreira e Guimarães (2012), Garcia (2016), Furtado (2007), entre muitos outros.

Segundo eles, o parecer emitido por procurador, assessor ou consultor (todos advogados) de órgão da Administração Pública não é necessariamente um ato administrativo. Trata-se de uma opinião jurídica emitida por um operador do Direito e serve apenas para orientar o Administrador na tomada da decisão, ou seja, na prática de um ato administrativo propriamente dito. O parecer, portanto, é uma atividade técnica ou material da Administração Pública.

Essa atividade tem relação com o que comumente se denomina fato administrativo. É, a princípio, desprovido de interesse para o Direito, pois não envolve declarações de vontade, não apresenta qualquer traço de juridicidade, ainda que seja executado por agentes públicos. Não implica modificação de situa-

ções jurídicas nem produz efeitos jurídicos específicos ligados à sua só emanção.

García de Enterría e Fernández Rodríguez (2005) afirmam que a Administração organiza, ordena e dirige a realização dessa atividade cumprida por seus agentes ou terceiros contratados. Portanto, apropria-se de seus frutos ou resultados. Desse modo, atribuem-se à Administração todos os efeitos dos atos de seus agentes. Uma coisa é a atividade jurídica estrita, realizada por órgãos da Administração, e outra é a atividade técnica ou material, realizada pelas pessoas físicas que podem atuar eventualmente como órgãos.

Meirelles (2001, p. 185) afirma:

Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.

Mello (1999, p. 377), embora classifique os pareceres como atos administrativos de Administração consultiva, deixa expresso que visam “a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa”.

Os pareceres jurídicos, como atividade essencialmente consultiva, funcionam como instrumentos de controle preventivo de juridicidade e de orientação de interpretação para alinhar condutas internas. Sua finalidade é iluminar e aconselhar o órgão da Administração que decidirá sobre um determinado assunto. Isto é, o parecer, para os seguidores dessa corrente, não constitui

ato decisório⁵. Este, inclusive, foi por muito tempo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema (MS 24.073/DF, de 6/11/2002, decisão unânime) (BRASIL, 2003). Ao julgar esse MS, que foi por muito o *leading case* sobre o tema, o STF entendeu que o parecer não é ato administrativo. Nada mais é que uma opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica que orienta o administrador na tomada de decisão, na prática do ato administrativo. Posta assim a questão, infere-se que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante – opinião à qual o administrador não está vinculado –, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável⁶.

Outro argumento presente nesse julgado é o fato de o advogado, segundo a CRFB e o Estatuto do Advogado (Lei nº 8.906/1994) (BRASIL, 1994), ser “*indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da Lei*” (art. 133 e art. 2º, § 3º, respectivamente) (BRASIL, 1988, grifo nosso). Por sua vez, o Estatuto do Advogado (art. 7º, I a XX) proclama os direitos dos advogados, prerrogativas e direitos assegurados ao advogado-empregado.

Porém, é certo que a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como, de regra, quaisquer profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa e, em especial, consoante o disposto no art. 32 do Estatuto do Advogado.

Portanto, conquanto o parecer contenha as características mencionadas, entende-se que ele tem poder de persuasão sobre os tomadores de decisão e, por tal motivo, é plausível exigir dos procuradores, assessores e consultores jurídicos uma atuação zelosa na produção de suas peças, principalmente se já estiver acostumado a opinar em processo licitatório, sendo, por conseguinte, conhecedor dos ditames legais referentes à matéria.

⁵ Ferraz e Dallari (2007, p. 178) afastam a existência de parecer vinculante, sob o argumento de que “parecer vinculante não é parecer: é decisão”.

⁶ Gasparini (2003) entende não caber responsabilidade da autoridade que se vale de parecer para decidir e decide segundo as conclusões a que chegou o parecerista se o parecer tem efeito opinativo. No caso do parecer jurídico em procedimentos licitatórios, o autor aduz: “Dado seu caráter meramente opinativo, o parecer é facultativo, não obrigando a Administração Pública nem os administrados aos seus motivos e conclusões. Atente-se que mesmo a autoridade que o solicitou não resta submissa aos motivos e às conclusões a que chegou seu prolator. Embora essa seja a regra, é comum, tal qual faz a Lei nº 9.784/99, o parecer tornar-se vinculante, o que ocorrerá se a decisão da autoridade restar, por determinação legal, presa às suas conclusões” (GASPARINI, 2003, p. 292).

Assim, conclui-se que tais profissionais não podem ficar imunes de responsabilização, pelo contrário; mas é imprescindível que haja a devota graduação punitiva/sancionatória. Ou seja, que se leve em consideração as circunstâncias da infração que condicionam o exercício da faculdade punitiva/sancionadora, tomando em consideração alguns aspectos – tais como: os danos resultantes para a coletividade; as circunstâncias agravantes e atenuantes; os antecedentes do infrator; a reincidência específica; a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio; a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; o vulto da vantagem, direta ou indireta, auferida pelo infrator; a duração da infração; entre outros.

Percebe-se, pois, que não se está defendendo a irresponsabilidade do procurador, assessor ou consultor jurídico de ente ou órgão público pelos pareceres que elabora. Isso poderia levar a hipóteses de impunidade, independentemente da irregularidade praticada. Além disso, o gestor/dirigente alegaria a correção do ato, já que lastreado em exame técnico da área jurídica; e esta, por sua vez, lançaria mão da imunidade de seus membros em relação ao que escrevem para se livrar de qualquer imputação (BRASIL, 2002a).

Conclui-se, dessa maneira, que, apesar de ter caráter obrigatório (art. 38, *caput* e inc. VI, da Lei nº 8.666/1993), o parecer jurídico não tem efeito vinculante. Desse modo, o prolator de uma manifestação jurídica não se transforma num gestor/dirigente público; aquele somente o orienta para que não prossiga no intento de realizar um ato ilegal, ilegítimo ou imoral, de forma motivada. Contudo, caso aja com má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável, caberá a responsabilidade solidária entre eles.

3.2 Rito licitatório: parecer jurídico obrigatório e vinculativo (responsabilidade solidária independente de má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável)

Outra parte da doutrina e da jurisprudência entende que a responsabilidade do procurador, assessor ou consultor jurídico é solidária quando houver irregularidades, independente de má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável, pois o parecer, além de obrigatório, é vinculativo. Para eles, o parecer jurídico representa a própria motivação do ato administrativo, logo, integra a própria decisão, o que leva à responsabilidade solidária.

Perceba-se que a mudança de entendimento ocorre porque o parecer é vinculante na interpretação do aplicador da norma. Como o pare-

cer tem esse efeito, ele tem necessariamente de ser seguido pelo órgão competente para decidir; nesse caso, quem decide, na realidade, não é o gestor/dirigente, mas sim quem emitiu o parecer. O parecer é um ato administrativo decisório, a verdadeira motivação do ato posterior emanado pelo gestor/dirigente.

Esse é o entendimento da minoria da doutrina – caso de Justen Filho (1999)⁷. Essa posição ganhou força, porém, porque o STF modificou seu posicionamento anterior (MS 24.073/DF, de 6/11/2002, decisão unânime, já mencionado) para, por maioria – tendo, inclusive, mudanças de votos justificadas na conjuntura política da época (MS 24.584/DF, de 9/8/2007, vencidos os votos de Eros Roberto Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia) – decidir pela responsabilidade solidária dos pareceristas (BRASIL, 2008b).

Neste caso o STF, por meio do ministro Joaquim Barbosa, apresenta a diferença entre os pareceres jurídicos. Segundo a decisão, tem-se: (i) o parecer facultativo, em que a autoridade não se vincula e a responsabilidade existirá apenas em caso de dolo ou erro inescusável; (ii) o parecer obrigatório, cuja autoridade fica obrigada a realizar o ato em consonância com as conclusões do parecer; e (iii) o parecer vinculante, em que o administrador terá de emitir decisão conforme parecer e, por conseguinte, a responsabilidade será solidária entre o parecerista e o tomador de decisão. Para aquele ministro, o parecer obrigatório e vinculativo atribui responsabilidade ao subscritor (compartilhada com a do administrador), e esse seria o caso do parecer jurídico exigido com base no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993.

Não foi a responsabilidade desses agentes a questão central neste julgado, mas sim a discussão sobre a possibilidade de o TCU exigir que esses agentes se apresentassem para dar explicações. A questão levantada pelo ministro Joaquim Barbosa, embora não tenha sido debatida no caso, abriu espaço para o debate em julgado na mesma data que o anterior, mas cujo objeto era exatamente a responsabilidade dos procuradores, assessores ou consultores jurídicos (MS 24.631/DF, de 9/8/2007) (BRASIL, 2008a).

⁷“Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela nulidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição” (JUSTEN FILHO, 1999, p. 370).

Em tal ocasião, adotando a visão tripartida de efeitos dos pareceres jurídicos, o ministro sustentou que o parecer deve ser interpretado como facultativo quando a lei nada menciona, não existindo responsabilidade caso não fique demonstrado dolo ou erro inescusável. Agora, caso a lei vincule a atuação administrativa à manifestação favorável, há compartilhamento de responsabilidades entre administrador e parecerista, e, desse modo, “o parecerista pode vir a ter de responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso” (BRASIL, 2008a, p. [11]). Nesse julgado, o ministro defendeu que o parecer era obrigatório e vinculativo, mas quanto a esse ponto, houve divergência. Os ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, apesar de terem votado com o relator, divergiram no que diz respeito à ideia de parecer obrigatório e vinculante. Essa decisão do STF não é clara, pois alguns dos ministros tratam da ideia de má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável, além de ter existido discordância sobre a classificação tripartida dos pareceres.

Somos contrários a essa nova interpretação e favoráveis, neste ponto, ao entendimento de Mendonça (2010), que assevera não ser o problema a obrigatoriedade ou não do parecer, mas sim se o parecer, de forma efetiva e concretamente, induziu a autoridade a erro e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável. Para o autor, “não é possível acreditar que o parecerista vire administrador, com todas as consequências práticas do conceito (prestação de contas ao Tribunal de Contas, etc.), apenas porque a lei determina, em certos casos, a elaboração de opinião” (MENDONÇA, 2010, p. 709-710).

O posicionamento do STF é questionável e parece-nos exagerado. Talvez, por isso, não tenha sido unânime. Espera-se que ele retorne à sua posição original, defendida no MS 24.073/DF, de 6/11/2002. Afinal, essa concepção e a anterior são antagônicas.

3.3 Rito da contratação direta: parecer jurídico não obrigatório e não vinculativo (responsabilidade em casos de má-fé ou dolo apenas)

Tudo o que foi analisado até este ponto diz respeito ao parecer jurídico mencionado no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, mas, quando diante do rito dito excepcional da contratação direta, como no caso em questão, o parecer jurídico nele acostado muda de figura, pois a Lei nº 8.666/1993 não prevê a necessidade de tal parecer nos processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação (art. 26). E isso significa, apesar de existirem vozes em sentido contrário, que o gestor/dirigente, ao analisar o processo administrativo, pode encaminhar, por ato discricionário, a solicitação ao procurador, assessor ou

consultor jurídico para que este emita sua opinião técnico-jurídica.

Nesse caso, a ideia é ouvir para melhor decidir, mas a lei não impõe tal condição. Sendo assim, nos casos de contratação direta, o parecer não é obrigatório nem vinculativo.

Chaves (2017, p. 5), por exemplo, apesar de defender que o parecer jurídico do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 seja obrigatório e vinculativo, ao tratar dos casos de dispensa e inexigibilidade, defende que o gestor/dirigente não está obrigado a solicitar parecer jurídico, logo, o parecer é facultativo, *in verbis*:

diante das disposições da Lei nº 8.666/1993, nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, o Gestor não é obrigado a encaminhar previamente à Assessoria Jurídica o processo para emissão de parecer, podendo, de próprio punho, motivar o ato de ratificação da hipótese. Caso encaminhe os autos para manifestação, será obrigatória a junta da da mesma no processo, mas, ainda assim, o parecer manterá seu perfil facultativo.

Desse modo, sendo não obrigatório e não vinculativo, entendemos que o parecerista só poderia responder em casos de má-fé ou dolo apenas. Nesse caso, não pode ele ser responsabilizado por culpa, ele precisa ter a intenção deliberada de obter o resultado danoso para ser responsabilizado.

O Conselho Federal da OAB (BRASIL, 2012, p. 1), inclusive, por meio da Súmula nº 5/2012/COP, afastou a responsabilidade do advogado parecerista em processo de contratação administrativa, *in verbis*:

Advogado. Dispensa ou inexigibilidade de licitação. Contratação. Poder Público. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder

Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

A responsabilização só poderá ocorrer, portanto, em caso de malícia, conluio, intenção deliberada de fraudar as conclusões.

4 Má-fé, dolo, culpa grave ou erro grosseiro, inescusável

A responsabilidade penal do tomador de decisão só é cabível em caso de malícia, conluio, intenção deliberada de fraudar as conclusões (dolo ou má-fé).

Ainda que seja difícil caracterizar o dolo ou a má-fé, sua configuração é atividade que cabe a quem acusa, que precisará demonstrar a conduta com má-fé ou dolosa por meio de provas indiciárias, testemunhos, declarações, quebras de sigilo telefônico, entre outros recursos.

O dolo existe quando o agente deseja o resultado. É a soma da vontade e consciência do indivíduo dirigida a realizar a conduta prevista no tipo penal. Representa a “vontade e consciência de realizar o comportamento típico que a lei prevê, mas sem a consciência da ilicitude (ou antijuridicidade)” (DELMANTO et al., 2002, p. 33).

A responsabilidade administrativa, por sua vez, é admitida quando presente, além do dolo, a ocorrência de má-fé. Ressalta-se, no entanto, que parte da doutrina sustenta que não cabe responsabilidade administrativa apenas em caso de má-fé ou dolo, mas em casos de culpa grave ou erro grosseiro, inescusável.

A má-fé existe quando há a vontade deliberada dirigida a causar dano por meio do parecer (BARRETO, 2017). É um elemento subjetivo de difícil comprovação, um meio astucioso empregado para enganar.

A culpa caracteriza-se pelo comportamento negligente do agente, além da imprudência e da imperícia. Negligência ocorre quando o profissional atua com desmazelo. A imprudência tem relação com a falta de cuidado no desempenho da profissão. A imperícia é a falta de aptidão para exercer uma atividade em que o conhecimento técnico é fundamental para seu exercício. Segundo Chaves (2017, p. 8): “A negligência encontra-se intimamente relacionada com o conceito de desídia, enquanto a imprudência liga-se ao de temeridade e a imperícia à de falta de habilidade”. Complementa o autor tal diferença da seguinte forma:

A negligência está ligada à ideia de omissão, equivale a descuido, desídia, desleixo, falta de um mínimo de cuidado que se espera do agente.

Imprudência, por sua vez, tem relação com a ideia de ação precipitada, sem cautela ou, ainda, com falta de moderação. Neste, o agente age de forma diversa daquela dele esperada.

Por fim, a imperícia é a falta de aptidão ou qualificação técnica, teórica ou prática, ou, ainda, ausência de conhecimentos elementares da profissão ou atividade para exercer uma atividade em que o conhecimento técnico é fundamental para seu exercício, não levando o agente em consideração o que sabe ou deveria saber (CHAVES, 2017, p. 8).

Independentemente da existência de conduta culposa ou não, fato é que só há responsabilização do agente que atuar com culpa grave. Não basta, simplesmente, agir por meio de uma conduta culposa; essa conduta deve ser grave.

Nas lições de Monteiro (1995, p. 393), culpa grave “é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo”. Trata-se de situação na qual o agente tem consciência da conduta culposa. Resta configurada a culpa grave do agente que sabe

ser previsível a ocorrência de graves danos, ainda que haja a crença de que eles não irão acontecer. Na culpa grave, portanto, embora não intencional, o comportamento do agente demonstra que ele atuou “como se tivesse querido o prejuízo causado à vítima” (STOCO, 2001, p. 101).

Ademais, pode existir responsabilização caso haja erro grosseiro ou inescusável. Tal erro existe quando a conduta do agente fere os mais elementares conhecimentos profissionais de determinada matéria. É condenável, imperdoável e não se justifica.

Tanto culpa grave como erro grosseiro ou inescusável são conceitos jurídicos indeterminados. Entende-se que conceitos jurídicos indeterminados são os que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados apresenta o objeto ou a realidade abrangida, ou seja, são os conceitos que deixam dúvida quanto a duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizado no caso concreto (SADDY, 2014, p. 395-396). A verdadeira indeterminação, e com ela a autonomia, surge da impossibilidade de identificar, no todo ou em parte, o significado por meio da interpretação, frente ao caso concreto.

O único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado tem ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual).

Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, está-se diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual, também, é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que “isso” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “isso” não pode se denominar assim).

A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona onde não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito.

Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou “halo del concepto”), pois tem maior dificuldade para localizar a única solução justa. Isto é, diante do caso concreto, se não for possível identificar a zona de certeza positiva ou negativa do conceito culpa grave ou erro grosseiro, inescusável, estar-se-á na zona de incerteza e, por conseguinte, haverá margem de livre apreciação desse conceito jurídico indeterminado.

Conclusões

O parecer jurídico previsto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 tem caráter obrigatório no rito licitatório e apenas neste rito. Como regra, tem por objetivo evitar defeitos capazes de provocar nulidades no processo licitatório.

Apesar de existir divergência, se tal parecer jurídico vincula o gestor/dirigente, entende-se que o parecer examina e aprova, no final da fase interna, prévia e conclusivamente, as minutas (versão escrita) do edital, contrato, convênio ou ajuste.

A obrigatoriedade desse parecer no rito da contratação direta, no entanto, não existe. A Lei nº 8.666/1993 não prevê a necessidade de tal parecer nos processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação (art. 26). E isso significa que o gestor/dirigente, ao analisar o processo administrativo, pode encaminhar, por ato discricionário, a solicitação ao procurador, assessor ou consultor jurídico para que este emita sua opinião técnico-jurídica. Nesse caso, a ideia é ouvir para melhor decidir, mas a lei não impõe tal condição. Desse modo, nos casos de contratação direta, o parecer não é obrigatório nem vinculativo.

Sendo não obrigatório e não vinculativo, o tomador de decisão só poderia responder em casos de má-fé ou dolo. Não cabe responsabilidade solidária sem malícia, conluio, intenção deliberada de fraudar as conclusões por parte do tomador de decisão.

Sobre o autor

André Saddy é doutor europeu em Problemas Actuales de Derecho Administrativo pela Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales

em España, Madri, Espanha; pós-doutor pelo Centre for Socio-legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford, Oxford, Reino Unido; mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor da graduação e do mestrado em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; consultor jurídico no Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: andresaddy@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

SADDY, André. Responsabilidade por parecer jurídico: foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 131-149, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p131

(APA)

Saddy, A. (2019). Responsabilidade por parecer jurídico: foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 131-149. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p131

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. v. 1.

BARRETO, Amanda Louise Ramajo Corvello. A responsabilização do parecerista na jurisprudência dominante e no novo CPC: análise crítica. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, v. 1, n. 8, p. 65-93, jan./dez. 2017. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/revista_2017/AresponsabilizacaodoparceristaCPC.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

_____. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 jul. 1994.

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

_____. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial n. 19. Responsável: Saulo de Souza Rocha et al. Relator: Min. Benjamin Zymler. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 6 fev. 2002a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/19/NUMACORDAO%253A19%2520RELATOR%253A%2522BENJAMIN%2520ZYMLER%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAINT%2520desc/false/10/false>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial n. 247. Interessado: José Antonio Carleti; Saulo de Souza Rocha. Relator: Min. Benjamin Zymler. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 10 jul. 2002b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/247/NUMACORDAO%253A247%2520RELATOR%253A%2522BENJAMIN%2520ZYMLER%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/5/false>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jul. 2002c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24.073/DF. Impetrante: Rui Berford Dias et al. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Representação n. 2.014. Responsável: Paulo Marchiori Buss et al. Interessado: Ministério Público Federal et al. Relator: Min. Valmir Campelo. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 26 set. 2007a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2014/NUMACORDAO%253A2014%2520ANOACORDAO%253A2007%2520RELATOR%253A%2522VALMIR%2520CAMPELO%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial n. 2.004. Responsável: José Bezerra dos Santos et al. Relator: Min. Benjamin Zymler. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 26 set. 2007b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2004/NUMACORDAO%253A2004%2520RELATOR%253A%2522BENJAMIN%2520ZYMLER%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4/false>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Representação n. 2.664. Interessada: Empresa SNMP Tecnologia e Informática. Relator: Min. Marcos Bemquerer. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 5 dez. 2007c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2664/NUMACORDAO%253A2664%2520RELATOR%253A%2522MARCOS%2520BEMQUERER%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/5/false>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24.631/DF. Impetrante: Sebastião Gilberto Mota Tavares. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º fev. 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24.584/DF. Impetrante: Ildete dos Santos Pinto et al. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 jun. 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534997>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de levantamento n. 1.666. Responsável: Luiz Carlos Caetano; Mauro Barbosa da Silva. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 13 ago. 2008c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1666/NUMACORDAO%253A1666%2520RELATOR%253A%2522UBIRATAN%2520AGUIAR%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas n. 1.305. Interessado: Maria Alice Remígio Gama. Responsável: Adeildo Avelino dos Santos et al. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, 16 mar. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1305/NUMACORDAO%253A1305%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. Súmula n. 5. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 out. 2012. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-05-2012-COP.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. A função do assessor jurídico no controle prévio de legalidade dos processos licitatórios: parte 4. *Orientação Preventiva NDJ*, São Paulo, ano 2017, n. 2, fev. 2017.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2005. v. 1.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: de acordo com a Emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, com a Lei federal n. 9.648, de 27 de maio de 1998, e o Decreto federal n. 2.743, de 21 de agosto de 1998*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Dialética, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com as ECs 19 e 20, de 1998. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública: fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 26, n. 6, p. 705-719, jun. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de processo civil*: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 3.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com as Emendas Constitucionais de nº 06/95 e 19/98, com a Lei Complementar nº 101/2000, com as Leis de nº 9.648/98, 9.854/99, 10.259/01 e 10.520/02, e seus regulamentos (pregão)... Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. do livro "Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Guerra fiscal no imposto sobre serviços e improbidade administrativa

O caso do Município de Belo Horizonte

MARCIANO SEABRA DE GODOI
EFIGÊNIO DE FREITAS JÚNIOR

Resumo: O artigo estuda as inovações da Lei Complementar nº 157/2016 quanto ao combate da guerra fiscal no âmbito do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, com ênfase na criação de uma nova hipótese de ato de improbidade administrativa, consistente em qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário à regra da alíquota mínima do referido imposto. Examina-se em seguida, à luz da nova legislação, se configura ou não ato de improbidade administrativa o comportamento dos vereadores de Belo Horizonte que, em 2017, rechaçaram o projeto de lei do prefeito municipal que buscava introduzir na legislação municipal a tributação de relevantes serviços da economia digital (computação em nuvem, *streaming*, publicidade *on-line*), incluídos na lista nacional de serviços pelo Congresso Nacional (Lei Complementar nº 157/2016).

Palavras-chave: Guerra fiscal. ISSQN. Improbidade administrativa.

Fiscal competition in the service tax and the characterization of administrative improbity: the case of Belo Horizonte municipality

Abstract: The article studies the Complementary Law n. 157/2016 innovations regarding the fight against fiscal competition in the field of services tax, especially the creation of a new case of administrative improbity act, consisting of whichever act or omission that concedes, applies or maintains tax or financial incentives contrary to the services tax minimum rate rule. Furthermore, the article examines, in the light of the new legislation, if it is or not an act of administrative improbity the conduct of the Belo Horizonte city councilors that in 2017 repelled

Recebido em 28/5/18
Aprovado em 29/10/18

the executive bill that proposed to introduce in the local legislation the taxation of important digital services (cloud computing, streaming, on-line advertisement) included by national legislators in the national list of taxable services (Complementary Law n. 157/2016).

Keywords: Fiscal competition. Service tax. Administrative improbity.

Introdução

O presente estudo tem por tema-problema a seguinte indagação: constitui ato de improbidade administrativa a conduta de recusar a inclusão, na lista de serviços tributáveis pelo Município, de atividades expressamente previstas na Lei Complementar nº 116/2003 (BRASIL, [2016a])?

Para responder a tal indagação, o artigo analisará, à luz da doutrina e da jurisprudência atinentes ao tema, as inovações da Lei Complementar (LC) nº 157/2016 (BRASIL, 2016b) e seu combate inovador da guerra fiscal no âmbito do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), especialmente no que toca à análise da nova hipótese de improbidade administrativa consistente em “qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário” à regra da alíquota mínima do ISSQN (art. 10-A da Lei nº 8.429/1992, introduzido pela LC nº 157/2016) (BRASIL, [2018a]).

A resposta ao tema-problema será acompanhada da análise e avaliação da situação concreta que se delineou no Município de Belo Horizonte, em que a Câmara de Vereadores rechaçou, por unanimidade, a iniciativa do Poder Executivo de inclusão na legislação municipal do ISSQN da tributação de atividades consideradas tributáveis pela legislação complementar, tais como os serviços de publicidade *on-line*, *streaming* de áudio e vídeo e computação em nuvem.

1 Como combater a guerra fiscal no âmbito do ISSQN? A estratégia da EC nº 37/2002

Chama-se guerra fiscal o movimento pelo qual países¹, Estados-membros e/ou Municípios de um mesmo país² oferecem em sua legis-

¹ Ver Batista Júnior (2015) e Avi-Yonah (2009).

² Ver Campos, Ibrahim e Oliveira ([2017?]).

lação reduções e benefícios fiscais cada vez mais vultosos, com vistas a atrair para seu território empresas e investimentos privados. A guerra fiscal, além de ter uma eficácia bastante duvidosa quanto à capacidade de promover desenvolvimento econômico efetivo e de longo prazo³, falseia a concorrência empresarial e prejudica seriamente a formação de um mercado comum, por isso vem sendo objeto de diversas restrições constitucionais e legais no direito brasileiro⁴.

Vejam os casos do ISSQN⁵. Na redação original da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]), dispunha-se que lei complementar deveria definir a alíquota máxima do imposto (art. 156, § 3º, I), mas nada se mencionava acerca da definição de uma possível alíquota mínima, a fim de evitar que os Municípios se lançassem a uma disputa para atrair para seus territórios empresas prestadoras de serviços.

Em 2002, o constituinte derivado (Emenda Constitucional nº 37/2002) (BRASIL, 2002) decidiu combater a guerra fiscal no âmbito do ISSQN com as seguintes medidas: determinou-se que lei complementar deveria definir as alíquotas máximas e mínimas do imposto e, adicionalmente, a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais seriam concedidos e revogados (nova redação do § 3º, I e III, do art. 156 da CRFB).

O constituinte derivado, sabedor da imensa quantidade de matérias reservadas a lei complementar que nunca chegam a ser efetivamente reguladas pelo Congresso Nacional, foi precavido e estabeleceu uma norma de transição: até que lei complementar definisse a alíquota mínima do ISSQN e a forma de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais desse imposto, estabeleceu-se, no próprio texto constitucional, a alíquota mínima de 2% (exceto para três serviços excepcionados da regra da alíquota mínima⁶) e a proibição de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais que resultasse, direta ou indiretamente, na redução da referida alíquota mínima (art. 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), criado pela EC nº 37/2002) (BRASIL, [2017a]).

A solução encontrada pela EC nº 37/2002, com o passar dos anos, mostrou-se ineficaz: afinal não havia qualquer sanção efetiva contra Municípios que desobedeciam à CRFB e continuavam cobrando o ISSQN a alíquotas efetivas inferiores a 2%. A ineficácia da solução

³ Ver Borges (2014) e Lage (2015).

⁴ Ver Derzi, Batista Júnior e Moreira (2015).

⁵ Ver Chiesa (2015).

⁶ Os serviços excepcionados da alíquota mínima foram os constantes dos itens 32, 33 e 34 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/1968 (BRASIL, [2003]).

engendada pela EC nº 37/2002 foi percebida pelo Senado Federal (BRASIL, 2012a), que gestou uma nova estratégia para coibir a guerra fiscal do ISSQN, dando início ao processo legislativo que iria desaguar na Lei Complementar nº 157/2016.

2 Combate à guerra fiscal: a engenhosa estratégia da LC nº 157/2016 e suas três disposições inovadoras

Quatorze anos após a edição da norma constitucional (EC nº 37/2002) que determinou que lei complementar definisse a alíquota mínima do ISSQN, a providência foi finalmente tomada. A LC nº 157/2016 incluiu no texto da LC nº 116/2003 o art. 8º-A, cujo *caput* estabelece que a alíquota mínima do ISSQN é de 2%, o mesmo valor que havia sido fixado provisoriamente no próprio texto constitucional (art. 88 do ADCT). Além disso, a LC nº 157/2016 determinou que o ISSQN não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida, exceto para alguns poucos serviços⁷ que não se prestam ao exercício da guerra fiscal (art. 8º-A, § 1º, da LC nº 116/2003).

Caso a Lei Complementar nº 157/2016 simplesmente houvesse fixado a alíquota mínima e proibido a concessão de incentivos ou benefícios que redundassem no desrespeito da alíquota mínima, não teria inovado em relação às determinações da EC nº 37/2002. A inovação da Lei Complementar nº 157/2016 consistiu em três determinações.

A primeira determinação inovadora foi a regra da nulidade da lei ou ato municipal que não respeitar a alíquota mínima estabelecida no caso de serviço prestado a tomador ou intermediário localizado em Município diverso daquele onde está localizado o prestador do serviço, com a consequência prática de gerar ao prestador do serviço o direito à restituição do imposto pago com base na lei ou ato nulos (art. 8º-A, §§ 2º e 3º da LC nº 116/2003).

A segunda determinação inovadora da Lei Complementar nº 157/2016 foi a regra de que, caso haja descumprimento da alíquota mínima, o ISSQN será devido no local do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado (art. 3º, § 4º, da LC nº 116/2003). A inobservância

⁷ Trata-se de alguns serviços de construção civil (subitens 7.02 e 7.05) e de transporte coletivo municipal (subitem 16.01). Nesses casos, os tomadores do serviço encontram-se no próprio Município, não havendo possibilidade de a guerra fiscal prejudicar outros Municípios.

da regra da alíquota mínima, portanto, provoca a inversão da regra quanto ao Município em que se considera realizado o fato gerador: em vez de se considerar (regra geral) que o fato gerador ocorre no Município do estabelecimento prestador⁸, considera-se que o fato gerador ocorre no Município do tomador. Eis uma solução inovadora para tornar ineficaz a manobra do Município que insistir em desrespeitar a regra da alíquota mínima do ISSQN.

A terceira determinação inovadora da Lei Complementar nº 157/2016 foi a criação de uma nova hipótese de ato de improbidade administrativa para coibir o descumprimento da regra da alíquota mínima do ISSQN. Alterando a redação da Lei nº 8.429/1992, o legislador complementar definiu que constitui ato de improbidade administrativa “qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário” (BRASIL, 2016b) contrário à regra da alíquota mínima do imposto (art. 10-A da Lei nº 8.429/1992). A sanção estabelecida para essa nova hipótese de improbidade administrativa é a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por cinco a oito anos e multa civil de até três vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido (art. 12, IV, da Lei nº 8.429/1992). Finalmente, numa providência destinada a incrementar a eficácia da medida, estabeleceu-se que poderá propor a ação de improbidade, na condição de pessoa jurídica interessada, o Município que for prejudicado pelo descumprimento da regra da alíquota mínima, ou seja, o Município que for vítima da guerra fiscal (art. 17, § 13, da Lei nº 8.429/1992).

A conclusão a que chegamos é a seguinte: a Lei Complementar nº 157/2016 não se limitou a declarar a existência da regra da

alíquota mínima do ISSQN: foi além ao criar mecanismos para sancionar pessoalmente os agentes públicos responsáveis pelo seu descumprimento e, adicionalmente, inviabilizar os efeitos econômicos da guerra fiscal, visto que, no caso de descumprimento da regra da alíquota mínima, o fato gerador do imposto passa a ser considerado como ocorrido fora do Município que atraiu a empresa para seu território, devendo o imposto ser pago ao Município do tomador ou intermediário do serviço.

3 A nova hipótese de improbidade administrativa dos agentes políticos criada pela LC nº 157/2016 e a jurisprudência do STF

É de se ressaltar o alcance amplo da nova figura de improbidade administrativa criada pela LC nº 157/2016⁹. Visou-se impedir não só a *concessão*, mas também a *aplicação* e a *manutenção* de benefício tributário ou financeiro contrário à regra da alíquota mínima. Com isso, a regra quis apanhar situações em que um benefício ilegal é criado numa gestão e aplicado ou mantido na gestão seguinte. Nessa situação, o ato de improbidade se caracteriza tanto na primeira quanto na segunda gestão. Cabe, por exemplo, ao prefeito que assume o mandato e encontra uma situação de desrespeito à alíquota mínima do ISSQN diligenciar para alterar o quadro encontrado, sob pena de praticar também ato de improbidade administrativa. Além disso, o alcance amplo da figura se manifesta na previsão de que a improbidade administrativa engloba “qualquer ação ou omissão” que resulte no desrespeito da regra da alíquota mínima.

⁸ Ver Melo (2000) e Teixeira (2002).

⁹ Ver Schramm (2017) e Kufa e Kufa (2017).

Ciente de que muitos Municípios teriam que ajustar a legislação local às alterações promovidas pela LC nº 157/2016, principalmente em função das alíquotas estabelecidas e/ou benefícios concedidos, o legislador complementar concedeu o prazo de um ano, a contar da publicação da LC, para que os Municípios revogassem dispositivos contrários ao disposto no *caput* e no § 1º do art. 8º-A, bem como para produção de efeito do disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 8º-A da LC nº 116/2003 e no art. 10-A, e no inciso IV do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

A Lei nº 8.429/1992 (BRASIL, [2018a]) dispõe que “os atos de improbidade administrativa praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios [...] serão punidos”. Veja-se o inteiro teor dos artigos:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

[...]

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (BRASIL, [2018a]).

A questão da improbidade administrativa praticada por agente político é tema que provocou discussão acalorada no âmbito do STF nos autos da Reclamação nº 2.138/DF (BRASIL, 2007b), no tocante à eventual possibilidade de distinção entre o regime de responsabilidade dos agentes políticos e demais agentes públicos. Frise-se, porém, que o agente político envolvido na referida Reclamação era Ministro de Estado, e não uma autoridade municipal. Vejamos.

A Reclamação nº 2.138/DF foi ajuizada pela União Federal contra o Juízo da Seção Judiciária do DF e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região com o argumento de usurpação de competência do STF para julgamento de ato praticado por Ministro de Estado, imputado como improbidade administrativa (uso de aeronaves da Força Aérea Brasileira para transporte particular próprio e de terceiros sem vínculo com atividades funcionais e fruição de Hotel de Trânsito da FAB em Fernando de Noronha). Segundo alegou então a União, Ministro de Estado não res-

ponde por improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429/1992, mas apenas por crime de responsabilidade, ação de competência originária do STF.

O Ministro Nelson Jobim, relator do voto condutor da escassa maioria de 6 votos contra 5, defendeu em seu voto que “o sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos”, garantindo aos primeiros tratamento distinto com o “objetivo de garantir o livre exercício da função política” (BRASIL, 2007b, p. 133).

Nesse sentido, assentou que “se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CRFB, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c da Constituição” (BRASIL, 2007b, p. 142). É dizer, diante da concorrência dos regimes de responsabilidade político-administrativa existentes na CRFB, os agentes políticos – no caso, Ministro de Estado – estariam sujeitos ao regime que trata do crime de responsabilidade previsto no art. 102, I, c da CRFB, regulado pela Lei especial nº 1.079/1950 (BRASIL, [2000])¹⁰ – a qual, no seu entendimento, contempla os atos de improbidade – e não ao regime do art. 37, § 4º da CRFB¹¹, que trata da improbidade administrativa, regulado pela Lei nº 8.429/1992. Acompanharam o Ministro Jobim os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Cezar Peluso.

Inaugurando a divergência, o Ministro Carlos Velloso assentou que os agentes políticos somente respondem por crime de responsabilidade quando o ato praticado estiver tipificado em lei especial como tal; caso contrário, ou seja, definido em lei o ato de improbidade administrativa, estará sujeito o agente político à Lei nº 8.429/1992, aplicável a qualquer agente público. Por fim, salientou que “isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração pública” (BRASIL, 2007b, p. 176). Acompanharam o Ministro Carlos Velloso os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

¹⁰ Lei nº 1.079/1950, lei especial (parágrafo único do art. 85 da CRFB) que trata dos crimes de responsabilidade do presidente da República ou de ministros de Estado, dos ministros do Supremo Tribunal Federal ou do procurador-geral da República. No mesmo sentido, temos as seguintes leis: governadores e seus secretários, Lei nº 7.106, de 28 de junho de 1983; prefeitos e vereadores, Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1983, [2009]).

¹¹ “Art. 37 [...] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, [2017a]).

Embora na referida Reclamação o STF tenha decidido, sem efeito vinculante, que há distinção entre o regime de responsabilidade dos agentes políticos e o dos demais agentes, é importante destacar que, além de a matéria ter sido decidida por escassa maioria de apenas um voto, a maioria dos atuais ministros da Corte não participou daquele julgamento – somente os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello votaram naquele caso.

Posteriormente, o STF negou seguimento às Reclamações 5.389 (BRASIL, 2007a), 5.391 (BRASIL, 2013) e 5.393 (BRASIL, 2008), em que prefeitos pugnavam pela inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa a agentes políticos nos termos da Reclamação 2.138/DF.

Ainda acerca da inaplicabilidade da Lei nº 8.429/1992 a agentes políticos, ao analisar situação de prefeito condenado por improbidade, a 2ª Turma do STF no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 790.829/RS (BRASIL, 2012b), assentou que a decisão na Reclamação nº 2.138/DF alcança somente agentes políticos detentores da prerrogativa de foro prevista no art. 102, inc. I, alínea c, da CRFB, situação em que se aplica a Lei 1.079/1950 ante a impossibilidade de cumulação de dois regimes de responsabilidade político-administrativa. Nesse sentido, aduziu que a hipótese não se aplica aos prefeitos, para os quais não há prerrogativa de função em processos de improbidade administrativa (BRASIL, 2012b).

A matéria, entretanto, ainda está na pauta do STF. No Recurso Extraordinário com Agravo nº 683.235/PA, convertido no Recurso Extraordinário nº 876.566 (BRASIL, 2012c, 2018c), foi reconhecida a repercussão geral, em 30/8/2012, do tema 576 – Processamento e julgamento de prefeitos por atos de improbidade administrativa, com base na Lei

nº 8.429/1992. Na espécie, o prefeito de Eldorado dos Carajás, condenado por prática de atos de improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429/1992, alega a inaplicabilidade da referida lei de improbidade a agentes políticos, tal qual julgado na mencionada Reclamação nº 2.138/DF.

Na Petição (PET) nº 3.240, em 10/5/2018 (acórdão ainda não publicado¹²) (BRASIL, 2018b), o plenário do STF decidiu, por maioria de votos, que o foro por prerrogativa de função previsto na CRFB em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, que têm natureza civil. Assim, segundo o Ministro Roberto Barroso, voto condutor que abriu a divergência seguida pela maioria, a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções das ações de improbidade administrativa a pretexto de que essas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade não tem fundamento constitucional.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ (ver, p. ex., REsp nº 1.138.173/RN (BRASIL, 2015) e REsp nº 1.489.024/SP (BRASIL, 2014b)), é firme a jurisprudência no sentido de que a lei de improbidade administrativa é aplicável aos agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo *bis in idem* nem incompatibilidade entre a responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-lei nº 201/1967.

Destaque-se ainda que, na Reclamação nº 12.514/MT, a Corte Especial do STJ, por unanimidade, decidiu que a “ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade” (BRASIL, 2014a).

¹² Ver STF... (2018).

4 Os serviços incluídos pela LC nº 157/2016 e a rejeição de sua tributação pela Câmara de Vereadores de Belo Horizonte

A Lei Complementar nº 157/2016, entre outras providências, incluiu, na lista nacional de serviços tributáveis pelo ISSQN, diversas atividades economicamente bastante relevantes, que até então não se mostravam passíveis de tributação, valendo notar que a lista de serviços não era atualizada desde 2003, quando foi aprovada a Lei Complementar nº 116/2003.

No presente artigo, iremos nos concentrar em três serviços ligados à economia digital, todos eles extremamente relevantes do ponto de vista econômico: o serviço de computação em nuvem; o serviço de *streaming* de áudio e vídeo e o serviço de publicidade *on-line*. Todas essas atividades foram incluídas na lista de serviços pela Lei Complementar nº 157/2016 e têm como prestadoras principais grandes empresas multinacionais (Netflix, Google, Facebook, IBM etc.).

A computação em nuvem foi incluída pela Lei Complementar nº 157/2016, entre outros serviços, no subitem 1.03 da lista: “Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres” (BRASIL, 2016b).

O *streaming* de áudio e vídeo (Netflix, Spotify, HBO Go, Amazon Prime, Deezer, Apple Music, XBOX Music, Tidal, entre outros) foi incluído pela Lei Complementar nº 157/2016 no subitem 1.09 da lista de serviços: “Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distri-

buição de conteúdos [...], sujeita ao ICMS)” (BRASIL, 2016b).

A publicidade *on-line* (Google, Facebook) foi incluída pela Lei Complementar nº 157/2016 no subitem 17.25 da lista de serviços: “Inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita)” (BRASIL, 2016b).

Em razão dessas relevantes alterações, em especial no tocante às novas hipóteses de tributação, os Municípios de São Paulo, por meio da Lei nº 16.757, de 14 de novembro de 2017, e do Rio de Janeiro, mediante a Lei nº 6.263, de 11 de outubro de 2017 (SÃO PAULO, 2017; RIO DE JANEIRO, 2017), atualizaram sua legislação sobre o ISSQN e nela incluíram as novas hipóteses de tributação.

Em Belo Horizonte, o Chefe do Poder Executivo, na trilha dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro, enviou para a Câmara Municipal de Vereadores o Projeto de Lei (PL) nº 387/2017 (BELO HORIZONTE, 2017b), que incluía na lista de serviços os mencionados serviços de computação em nuvem, *streaming* e publicidade *on-line*.

Na mensagem de encaminhamento do projeto de lei à Câmara Municipal, o Prefeito da capital mineira frisou a necessidade de adequação da Lei nº 8.725, de 30 de dezembro de 2003 (BELO HORIZONTE, [2018]), lei local que trata do ISSQN, às alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 157/2016. Assentou o Prefeito belo-horizontino que a Lei Complementar 157 trouxe, “dentre outras importantes alterações, a aguardada ampliação da lista de serviços alcançados pelo ISSQN”, cabendo ao Município o “exercício da sua competência constitucional para a exigência do imposto incidente sobre as novas hipó-

teses dispostas na legislação federal” (BELO HORIZONTE, 2017a, p. 7).

A Câmara Municipal de Vereadores de Belo Horizonte, entretanto, ao aprovar a Lei nº 11.079, de 23 de novembro de 2017 (BELO HORIZONTE, 2017a), oriunda do PL nº 387/2017, rechaçou por unanimidade a tributação, entre outros, dos serviços de computação em nuvem, *streaming* e publicidade *on-line*, sob a justificativa de que a tributação de tais serviços, “num momento de crise e desemprego [...] poderia afugentar empresas e futuros investimentos, prejudicando o crescimento econômico e a geração de empregos na capital mineira” (ALTERAÇÃO..., 2017). Argumentou-se ainda que

além de configurar uma economia “limpa”, o incentivo às atividades de TI reforçam a posição de Belo Horizonte como polo e referência do setor, ampliando a possibilidade de negócios e de parcerias nacionais e internacionais, enquanto *a tributação afugentaria novos projetos e investimentos e acabaria levando à migração das empresas e startups do ramo para os municípios vizinhos* (ALTERAÇÃO..., 2017, grifo nosso).

Ora, recusar-se a tributar determinados serviços que a Lei Complementar nº 157/2016 elencou como tributáveis, sob a justificativa de estimular novos investimentos e negócios no território do Município, é um típico ato de guerra fiscal, em clara afronta à regra da alíquota mínima do ISSQN.

Se conceder isenção ou qualquer benefício que resulte em alíquota do ISSQN inferior a 2% configura ato de improbidade administrativa, também o configura o comportamento omissivo de não incluir na lista de serviços da legislação municipal hipóteses elencadas na legislação complementar.

Imaginemos que o Município A, com o intuito de atrair empresas de prestação de ser-

viço de *streaming* para seu território, resolva tributar as atividades do Netflix e do Spotify, por exemplo, à alíquota de 0,5% (meio por cento), em clara desconformidade com a regra da alíquota mínima do ISSQN. Nessa hipótese, não resta dúvida de que os responsáveis pelo ato praticado, além de praticarem guerra fiscal, praticaram ato de improbidade administrativa que se amolda perfeitamente ao art. 10-A da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Lei Complementar nº 157/2016. No caso de Belo Horizonte, o ato praticado foi ainda mais grave, pois o legislador, mesmo provocado pelo Executivo, permaneceu omissivo e não providenciou a inclusão do serviço na legislação municipal.

Alguns autores, como Baptista (2015), argumentam que os Municípios, entes federados dotados de autonomia, não podem ser obrigados a prever em sua legislação todos os serviços elencados nas leis complementares. Ocorre que, se tal raciocínio for correto, então a guerra fiscal no âmbito do ISSQN não poderá ser eficazmente combatida, e a própria norma constitucional (art. 156, § 3º, I) que determina a fixação de uma alíquota mínima para o ISSQN seria inválida. Ora, não se pode reputar como inconstitucional que o próprio constituinte derivado (EC nº 37/2002) coíba a guerra fiscal introduzindo na CRFB a regra da alíquota mínima do ISSQN. Essa norma constitucional que estabeleceu a alíquota mínima do ISSQN, apesar de restringir em alguma medida a competência tributária municipal, não se mostra nem de longe capaz de colocar em risco a forma federativa do Estado brasileiro (art. 60, § 4º, I da CRFB) ou qualquer outra cláusula pétrea da CRFB. E, não custa lembrar, somente por ofensa a cláusula pétrea é que se pode reputar inconstitucional uma emenda constitucional.

Ao contrário do que sustentam os autores que, como Baptista (2015), consideram inconstitucional a EC nº 37/2002, a competência

tributária dos Municípios não é ampla e irrestrita, mas a eles é outorgada nos termos dispostos na CRFB¹³. Sempre que a Carta Magna determina, ela mesma, que entes federativos devem respeitar a regra de uma alíquota máxima ou mínima de determinado imposto a ser estabelecida em lei complementar ou outro instrumento (como a Resolução do Senado), tem-se uma limitação à competência tributária do ente federativo. Isso é bastante comum no sistema constitucional brasileiro, que, além do caso do ISSQN, prevê a possibilidade de estabelecimento de alíquotas mínimas para o IPVA (art. 155, § 6º, I) e de alíquotas máximas e mínimas para o ICMS em determinadas situações (art. 155, § 2º, V).

Do mesmo modo, a competência tributária de Estados e Municípios também se vê limitada pelas normas constitucionais que autorizam que lei complementar exclua da incidência do ICMS e do ISSQN as exportações de bens e serviços para o exterior do país (art. 155, § 2º, XII, e; art. 156, § 3º, II, da CRFB). Em conclusão: não tem qualquer cabimento a defesa de que a competência tributária dos entes federativos não possa sofrer qualquer limitação imposta pelo próprio constituinte, originário ou derivado. O que não se admite é que o constituinte derivado estabeleça limitação à competência tributária que tenda a abolir a forma federativa do Estado, que é cláusula pétrea da Constituição, o que, claramente, não é o caso do estabelecimento da alíquota mínima do ISSQN (EC nº 37/2002).

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou definitivamente em favor da constitucionalidade da EC nº 37/2002 e suas limitações à competência tributária dos Municípios, ao julgar procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

(ADPF) nº 190 (Relator Ministro Edson Fachin, acórdão publicado em 27/4/2017, transitado em julgado) (BRASIL, 2016c). Nessa ação, o governador do Distrito Federal impugnou a validade de leis municipais de Poá (SP) que, em clara afronta às medidas de combate à guerra fiscal estabelecidas pela EC nº 37/2002, esvaziou a base de cálculo do imposto de modo a buscar driblar artificialmente a regra da alíquota mínima do ISSQN. O Supremo Tribunal Federal, a nosso ver corretamente, julgou procedente a ação, e definiu a tese de que é

inconstitucional lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISSQN fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional. Também é incompatível com o Texto Constitucional medida fiscal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do ADCT, a partir da redução da carga tributária incidente sobre a prestação de serviço na territorialidade do ente tribuante (BRASIL, 2016c, p. [3]).

Vale lembrar que questão idêntica à da referida ADPF nº 190 se coloca na ADPF nº 189 (BRASIL, 2017b), também ajuizada pelo governador do Distrito Federal, dessa feita contra lei do Município de Barueri (SP), conhecido e inveterado praticante da mais agressiva guerra fiscal no âmbito do ISSQN. O mérito da ADPF nº 189 ainda não foi julgado, mas muito provavelmente terá sua procedência declarada pelo pleno do STF, nos termos do precedente firmado na ADPF nº 190, acima comentada.

Admitida – e já reconhecida pelo STF na ADPF nº 190 – a validade da exigência constitucional (art. 156, § 3º, I) de o legislador municipal respeitar a alíquota mínima de 2% do ISSQN, porque não seria válida a proibição – estabelecida pela Lei Complementar nº 157/2016 – de que esse mesmo legislador

¹³Neste sentido, ver Alves Júnior (2015).

crie isenções, benefícios ou qualquer outra forma de desoneração que resulte numa alíquota efetiva menor do que 2%?

Se a redução da carga tributária do ISSQN para patamares inferiores a 2%, mediante qualquer benefício ou incentivo tributário ou financeiro, constitui ato de improbidade administrativa, com muito mais razão deve ser considerado ato de improbidade administrativa a conduta de desonerar completamente determinada atividade, ainda mais com o objetivo confesso, como ocorreu no caso da Câmara de Vereadores de Belo Horizonte, de buscar atrair investimentos e negócios para o território do Município. Frise-se, ainda, que o ato de improbidade administrativa previsto na Lei Complementar nº 157/2016 pode se dar por “ação ou omissão” que implique no desrespeito da alíquota mínima do ISSQN, e a conduta de não incluir na legislação municipal os novos serviços previstos na Lei Complementar nº 157 configura claramente uma omissão cujo resultado é a burla à regra da alíquota mínima.

Conclusão

A Lei Complementar nº 157/2016 estabeleceu regras inovadoras para coibir a guerra fiscal no âmbito do ISSQN. Tais regras têm validade constitucional visto que constituem desdobramentos da expressa autorização da própria Constituição (art. 156, § 3º, I) para que lei complementar defina alíquotas mínimas para o ISSQN. Dentre as regras inovadoras da Lei Complementar nº 157, figura a criação de uma nova hipótese de improbidade administrativa, caracterizada como “qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário” (BRASIL, 2016b) contrário à regra da alíquota mínima do imposto (art. 10-A da Lei nº 8.429/1992).

Os vereadores do Município de Belo Horizonte, diante de projeto de lei encaminhado pelo Executivo em 2017 para incluir na legislação municipal a tributação de novos e relevantes serviços digitais/tecnológicos previstos na Lei Complementar nº 157/2016 (*streaming*, publicidade *on-line* e computação em nuvem, dentre outros), recusaram-se por unanimidade a fazê-lo, apresentando como justificativa um típico argumento de guerra fiscal: a necessidade de ampliar a atração para o território do Município de negócios e parcerias nacionais e internacionais no setor.

Ao assim proceder, os vereadores praticaram conduta omissiva que resultou na concessão de benefício tributário para as empresas do referido setor digital/tecnológico, em clara afronta à regra da alíquota mínima do ISSQN. Se a tributação de um determinado serviço com alíquota inferior à alíquota mínima de 2% prevista na Lei Complementar nº 157/2016 configura ato de improbidade administrativa, da mesma forma e com mais razão, configura improbidade administrativa também a medida que exclui por completo a tributação de determinado serviço previsto na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Tem-se, portanto, a prática pelos vereadores de Belo Horizonte do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da Lei nº 8.429/1992, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei Complementar nº 157/2016.

Como o ato de improbidade administrativa ora em análise consiste na *concessão, aplicação ou manutenção* de benefício contrário à regra da alíquota mínima, cabe ao Prefeito de Belo Horizonte encaminhar novamente à Câmara de Vereadores projeto de lei instituindo a tributação sobre os referidos serviços, devendo alertar os vereadores sobre a ilicitude de sua conduta anterior, que contrariou frontalmente a letra e o espírito da Lei Complementar

nº 157/2016 e suas providências destinadas a coibir o deletério fenômeno da guerra fiscal.

Sobre os autores

Marciano Seabra de Godoi é doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madrid, Madri, Espanha, com o título homologado/reconhecido pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduado em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da graduação e da pós-graduação *lato sensu e stricto sensu* na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; pós-doutor, com bolsa da CAPES, pela Universidade Autónoma de Madrid, Madri, Espanha.
E-mail: m.godoi@rolimvlc.com

Efigênio de Freitas Júnior é mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; graduado em Direito pela Faculdade Cenequista de Varginha, Varginha, MG, Brasil; graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da pós-graduação em Direito Tributário do Centro Universitário de Sete Lagoas, Sete Lagoas, MG, Brasil; auditor da Receita Federal, Sete Lagoas, MG, Brasil.
E-mail: efigeniofreitas@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

GODOI, Marciano Seabra de; FREITAS JÚNIOR, Efigênio de. Guerra fiscal no imposto sobre serviços e improbidade administrativa: o caso do Município de Belo Horizonte. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 151-168, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p151

(APA)

Godoi, M. S. de, & Freitas, E. de, Jr. (2019). Guerra fiscal no imposto sobre serviços e improbidade administrativa: o caso do Município de Belo Horizonte. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 151-168. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p151

Referências

ALTERAÇÃO na cobrança do ISS é aprovada com mudanças no texto original. *Câmara Municipal: a voz da cidadania*, Belo Horizonte, 24 out. 2017. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2017/10/altera%C3%A7%C3%A3o-na-cobran%C3%A7a-do-iss-%C3%A9-aprovada-com-mudan%C3%A7as-no-texto-original>. Acesso em: 11 dez. 2018.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Os municípios e a guerra fiscal do ISSQN: uma breve análise acerca das perspectivas e expectativas do processo e julgamento da ADPF 189. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). *Estado federal e guerra fiscal no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 361-374. (Coleção Federalismo e Tributação, v. 3).

AVI-YONAH, Reuven S. The OECD harmful tax competition report: a retrospective after a decade. *Brooklyn Journal of International Law*, [Brooklyn, NY], v. 34, n. 3, p. 783-795, 2009. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=bjil>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BAPTISTA, Marcelo Caron. A guerra fiscal e o ISSQN. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). *Estado federal e guerra fiscal no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 289-314. (Coleção Federalismo e Tributação, v. 3).

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço: guerras fiscais e precarização do trabalho, a face perversa da globalização, a necessidade de uma ordem econômica global mais justa*. São Paulo: Almedina, 2015. (Coleção Monografias).

BELO HORIZONTE. *Lei nº 8.725, de 30 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN – e dá outras providências. Belo Horizonte: Câmara Municipal, [2018]. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei/8725/2003>. Acesso em: 11 dez. 2018.

_____. *Lei nº 11.079, de 23 de novembro de 2017*. Altera as leis nºs 6.808/94, 8.725/03 e 9.303/07. *Diário Oficial do Município*, Belo Horizonte, ano 23, n. 5.419, p. 1, 24 nov. 2017a. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/Files/dom5419%20assinado.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2018.

_____. *Projeto de Lei 387*. Altera as Leis nº 6.808/1994, nº 8.725/2003 e nº 9.303/2007. Belo Horizonte: Câmara Municipal, 2017b. Disponível em: <https://www.cmbh.mg.gov.br>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BORGES, Eduardo Batista. *Incentivos fiscais e desenvolvimento socioeconômico de Goiás: análise de impactos dos programas Fomentar e Produzir (1995-2011)*. 2014. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pped/Eduardo_Batista_Borges.pdf. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. *Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968*. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0406.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. *Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002*. Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc37.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003*. Dispõe sobre Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e

dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016*. Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar nº 63 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp157.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. *Lei nº 7.106, de 28 de junho de 1983*. Define os crimes de responsabilidade do Governador do Distrito Federal, dos Governadores dos Territórios Federais e de seus respectivos Secretários, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7106.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. *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, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 386, de 2012*. Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2012a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4168340&ts=1543014107248&disposition=inline>. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Reclamação nº 12.514/MT*. Processo civil. Competência. Ação de improbidade administrativa. A ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade [...]. Reclamante: Humberto Melo Bosaipo; José Geraldo Riva. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Min. Ari Pargendler, 13 de março de 2014a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303981&num_registro=201301346630&data=20140321&formato=PDF. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.138.173/RN*. Processo civil. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prerrogativa de função. Competência da justiça de primeiro grau para julgamento de magistrados em ação de improbidade administrativa [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carlos Adel Teixeira de Souza. Relator: Min. Humberto Martins, 23 de junho de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1421331&num_registro=200900846712&data=20150630&formato=PDF. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial nº 1.489.024/SP*. Processual civil e administrativo. Recursos especiais. Improbidade administrativa. Magistrado. Agente político. Foro especial por prerrogativa de função. Inexistência. Precedentes do STJ [...]. Recorrente: S. M. V.; A. de A. M. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 4 de dezembro de 2014b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1373257&num_registro=201402132054&data=20141211&formato=PDF. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Petição 3.240/DF*. Direito constitucional. Agravo regimental em petição. Sujeição dos agentes políticos a

duplo regime sancionatório em matéria de improbidade. Impossibilidade de extensão do foro por prerrogativa de função à ação de improbidade administrativa [...]. Agravante: Eliseu Lemos Padilha. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Teori Zavascki. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 10 de maio de 2018b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação 5.389-0/PA*. Agravo regimental em reclamação contra decisão que negou seguimento à ação. Inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Ausência de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* da decisão proferida na ação-paradigma [...]. Agravante: José Carlos Caetano. Agravado: Juiz de Direito da Comarca de Brasil Novo (Processo nº 2003.3.004550-4). Relatora: Min. Cármen Lúcia, 20 de novembro de 2007a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502958>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Reclamação 5.391/PA*. Agravo regimental em reclamação. Paradigma extraído de ações de caráter subjetivo. Ausência dos requisitos. Perfil constitucional da reclamação. Agravo regimental não provido [...]. Agravante: Averaldo Pereira Lima. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3506883>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Reclamação 5.393-8/PA*. Reclamação. Inadmissibilidade. Seguimento negado. Julgamento da Rcl nº 2.138. Efeito vinculante. Súmula vinculante sobre a matéria. Inexistência. Precedentes. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido [...]. Agravante: Odileida Maria de Sousa Sampaio. Agravado: Juiz Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira (Processo nº 2007.39.000285-6). Relator: Min. Cezar Peluso, 17 de março de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523303>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 790.829/RS*. Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Prefeito Municipal. Improbidade administrativa. Aplicação da Lei nº 8.429/1992. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. Agravante: Adair José Trott. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Município de Serro Largo. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 25 de setembro de 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980116>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 876.566/RJ*. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual civil. Controle de constitucionalidade estadual. Recurso subscrito unicamente por procurador legislativo. Ilegitimidade. Agravo a que se nega provimento [...]. Agravante: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2 de março de 2018c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14506510>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 189/SP*. Petição/STF nº 34.799/2016. Despacho. Processo objetivo – intervenção de terceiro – informações – juntada [...]. Requerente: Governador do Distrito Federal. Interessado: Prefeito do Município de Barueri. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de maio de 2017b. Disponível em: [http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+189%2ENUME%2E%29+NAO+%\\$2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/pz9ctrp](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+189%2ENUME%2E%29+NAO+%$2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/pz9ctrp). Acesso em: 11 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 190/SP*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Direito tributário. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Alíquota mínima. Art. 88 do ADCT. Competência legislativa da União. Normas gerais da legislação tributária [...]. Requerente: Governador do Distrito Federal. Interessado: Prefeito

Municipal da Estância Hidromineral de Poá. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de setembro de 2016c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311682901&text=.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Reclamação 2.138-6/DF*. Reclamação. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Improbidade administrativa. Crime de Responsabilidade. Agentes políticos. Reclamante: União. Reclamado: Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal; Relator da AC nº 1999.34.00.016727-9 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Min. Nelson Jobim. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 13 de abril de 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 683.235/PA*. Recurso extraordinário com agravo. 2. Administrativo. Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 a prefeitos. 3. Repercussão Geral reconhecida [...]. Recorrente: Domiciano Bezerra Soares. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 30 de agosto de 2012c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=153026260&text=.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; IBRAHIM, Fábio Zambitte; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de (org.). *Estudos de federalismo e guerra fiscal*. Rio de Janeiro: Gramma, [2017?]. 2 v.

CHIESA, Clélio. A guerra fiscal e o ISSQN. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). *Estado federal e guerra fiscal no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 315-328. (Coleção Federalismo e Tributação, v. 3).

DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). *Estado federal e guerra fiscal no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. (Coleção Federalismo e Tributação, v. 3).

KUFA, Karina; KUFA, Amilton Augusto. Lei cria novo tipo de improbidade administrativa relacionado ao ISSQN. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 4 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-04/lei-cria-tipo-improbidade-administrativa-relacionado-issn>. Acesso em: 11 dez. 2018.

LAGE, Thiago Chaves Gaspar Bretas. A guerra fiscal e o ISSQN: causas e consequências. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). *Estado federal e guerra fiscal no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 329-344. (Coleção Federalismo e Tributação, v. 3).

MELO, José Eduardo Soares de. *Aspectos teóricos e práticos do ISS*. São Paulo: Dialética, 2000.

RIO DE JANEIRO (Município). *Lei nº 6.263, de 11 de outubro de 2017*. Altera a Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984 – Código Tributário Municipal, em razão de modificações feitas na Lei Complementar federal nº 116, de 31 de julho de 2003, pela Lei Complementar federal nº 157, de 29 de dezembro de 2016. Rio de Janeiro: Rio Prefeitura, 2017. Disponível em: http://smaonline.rio.rj.gov.br/legis_consulta/55587Lei%206263_2017.pdf. Acesso em: 11 dez. 2018.

SÃO PAULO (Município). *Lei nº 16.757, de 14 de novembro de 2017*. Institui o Programa de Incentivos Fiscais para a Zona Sul; introduz modificações nas Leis nº 13.701, de 24 de dezembro de 2003, nº 14.097, de 8 de dezembro de 2005, nº 14.910, de 27 de fevereiro de 2009 [...]. São Paulo: Câmara Municipal, 2017. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/lei_16757_1541523791.pdf. Acesso em: 11 dez. 2018.

SCHRAMM, Fernanda. Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar nº 157/2016 – espécie de “improbidade legislativa” restrita ao Imposto sobre Serviços (ISS). *Direito do Estado*, [Bahia], ano 2017, n. 322, jan. 2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/fernanda-schramm/mudancas->

na-lei-de-improbidade-administrativa-pela-lei-complementar-n-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-imposto-sobre-servicos-iss. Acesso em: 11 dez. 2018.

STF mantém competência da primeira instância para julgar ação de improbidade administrativa contra agente político. *Supremo Tribunal Federal*, [Brasília, DF], 10 maio 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=378073>. Acesso em: 10 dez. 2018.

TEIXEIRA, Alessandra Machado Brandão. *A tributação sobre o consumo de bens e serviços*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais.

Legislar por indicadores

A iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

Resumo: Esta pesquisa objetiva mensurar a real capacidade de influência de indicadores de governança transnacionais sobre a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção na Câmara dos Deputados, especialmente na fase de propositura de novos projetos de combate à corrupção, tema de máxima pressão social, institucional e corporativa entre 2015 e 2017. Para tanto, o texto aborda o uso de indicadores transnacionais e a produção normativa segundo a lógica do transnacionalismo, para determinar os grupos de pressão que atuam no enfrentamento da corrupção e, ao fim, concluir que os meios normativos de prevenção e repressão aos atos de corrupção proporcionalmente recebem maior influência de atores transnacionais na justificação das proposições legislativas, demonstrando uma guinada nas bases materiais de exercício de soberania popular. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica. Simultaneamente foram analisados todos os projetos de lei e propostas de emenda constitucional, protocolados entre 2015 e 2017 na Câmara dos Deputados, cuja temática se relaciona com a prevenção e a repressão à corrupção.

Palavras-chave: Transnacionalismo. Corrupção. Atores transnacionais. Indicadores. Iniciativa legislativa.

Legislating by indicators: the Brazilian legislative anticorruption according to the influence of transnational actors

Abstract: The presente research aims to analyze the influence of transnational governance indicators in the Brazilian initiative against corruption in the Chamber of Deputies. Assuming that the Brazilian

Recebido em 14/5/18
Aprovado em 29/10/18

legislative initiative is caudatory of external pressures or derived from partisan physiology guidelines, confronting the justifications for each bill and/or constitutional amendment deserves attention in order to measure the real capacity of influence that transnational indicators exert on the Brazilian legislative process, especially in the stage of proposing new projects on the subject of maximum social, institutional and corporate pressure in the period from 2015 to 2017, i. e. the fight against corruption. To that end, the text begins with the approach on the use of transnational indicators and normative production from the logic of transnationalism, to determine the pressure groups that work on the fight against corruption, in order to conclude that the normative means of prevention and repression to acts of corruption proportionally receive greater influence from transnational actors, justifying the legislative proposals, demonstrating a turn in the material basis of exercise of popular sovereignty. The inductive method was used for the development of the present research, operationalized by the techniques of operational concepts and bibliographical research. At the same time, all draft laws/constitutional amendments filed between 2015 and 2017, were analyzed in the Chamber of Deputies, whose theme is related to the prevention and repression of corruption.

Keywords: Transnationalism. Corruption. Transnational actors. Indicators. Legislative initiative.

1 Introdução

A autonomia legislativa nacional em questões políticas, sociais, econômicas e também jurídicas é cada vez mais limitada pelas interdependências políticas, econômicas e de *governance* entre os Estados e a regulamentação em nível global. Isso se tornou particularmente saliente nos episódios políticos, econômicos e sociais dos últimos trinta anos. O declínio da autonomia nacional, vista em alguns momentos como o “fim do Estado”, deu origem a pressões políticas, institucionais e legais sobre a produção normativa no âmbito interno de cada Estado, com fluxos exógenos e endógenos trabalhando simultaneamente.

Paralelamente, o fenômeno da globalização jurídica, a progressiva implementação de práticas de *governance* e a utilização de variados indicadores, *rankings*, índices e observatórios produziram uma combinação de autonomia política limitada em nível nacional e a tomada de

decisão cada vez mais executiva sobre regimes especializados no nível transnacional colocando em risco os fundamentos clássicos da deliberação política, da democracia e das fontes do direito, ao tempo em que a esfera nacional se torna altamente porosa a demandas e exigências transnacionais e globais.

Faz tempo que o caso brasileiro de prevenção e combate à corrupção, associado com a promoção de práticas de transparência, é reflexo de pressões transnacionais que se sobrepõem às resistências e divergências internamente articuladas¹. Os conflitos resultantes dessa tensão política, institucional, jurídica e social podem ser vistos na polarização da política nacional no todo e, conseqüentemente, na atividade legislativa. Como mudanças políticas significativas em nível nacional não parecem viáveis por meio da atuação legislativa, conforme a percepção popular, a ação política é cada vez mais associada a atores transnacionais e sua autoridade emana de indicadores por eles produzidos.

Nesse sentido, ao tempo em que a ascendência substancial de indicadores e demais meios de *governance* preencheu espaços e realocou modelos tradicionais no âmbito internacional, essencialmente pela sua natureza especializada e comparativa, no cenário nacional, notadamente de produção legislativa, tal ascendência alcançou relevância com expedientes acessórios aos contratos internacionais e pela descrença popular com a política, especialmente com os políticos.

Por sua vez, instaurado o conflito e o campo de pressões colidentes, merece menção a natureza produtiva deles derivados. A questão central não está na negação do conflito ou na sua preterição. Conflitos e tensões, especialmente no campo político e da produção normativa, são inevitáveis em regimes democráticos. No contexto de tensões políticas entre setores nacionais e atores transnacionais e globais, o presente artigo visa a analisar a influência de indicadores de governança transnacionais e globais na iniciativa legislativa brasileira anticorrupção junto à Câmara dos Deputados.

Partindo do pressuposto de que a iniciativa legislativa brasileira é caudatária de pressões externas ou derivada de pautas do fisiologismo partidário, o enfrentamento das justificativas para cada projeto de lei (PL) e/ou proposta de emenda constitucional (PEC) merece atenção para a mensuração da real capacidade de influência que indicadores transnacionais exercem sobre o processo legislativo brasileiro, especialmente na fase de propositura de novos projetos em contexto de máxima pressão social, institucional e corporativa no período de 2015 a 2017, relativamente ao combate à corrupção.

¹ Para maiores comparações, ver Staffen e Oliviero (2015).

Como hipótese de pesquisa, levanta-se a possibilidade de incremento numérico dos PLs e PECs que mencionam indicadores transnacionais e globais, entre 2015 e 2017, como expediente para justificar as respectivas proposições de prevenção e combate à corrupção pela via legislativa, sobretudo após os sucessivos escândalos que assolaram os grupos políticos brasileiros após 2013.

Consignam-se como problemas para a pesquisa: a) é possível verificar, no teor das justificativas dos PLs e PECs, o aumento de referências aos indicadores transnacionais de corrupção proporcional às pressões populares contra o Legislativo?; b) a menção aos indicadores transnacionais é acompanhada de contextualização sobre os dados geradores para cada índice e seu contexto de comparação?; c) a utilização de indicadores transnacionais atesta o avanço de expedientes tecnocráticos em espaços de representação popular democrática de produção normativa?; d) a referência aos indicadores de governança transnacionais/globais permitem segmentar instituições e atores com destacada autoridade na formação dos dados e utilização em sede de iniciativa legislativa?

Quanto à metodologia utilizada, sem prejuízo do aporte bibliográfico, esta pesquisa sustenta-se na análise das justificativas dos PLs e PECs apresentadas nas sessões legislativas de 2015 a 2017 da Câmara dos Deputados, extraídas do “Relatório de Proposições – Sistema de Informações Legislativas”, com buscas restritas às expressões “corrupção” e “transparência”.

2 A produção normativa nacional e influência transnacional

Com a fragilidade dos tradicionais atores nacionais, espaços de debilidade passaram a ser ocupados, notadamente após a Segunda Guerra, por interesses transnacionais constituídos por instituições novas, de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico moderno. A tradicional homogeneidade no pensamento político-jurídico, sedimentado sobre o Estado, fora perdida. Em maior ou menor medida, instalou-se um cenário de tensão institucional, no qual as “velhas” instituições estatais – e, por via idêntica, os indivíduos – se depararam com sensações de turbulência (GIUDICE, 2011).

Crises econômicas, políticas, ambientais, sanitárias, humanitárias, energéticas, bem como a ascensão de riscos advindos com a ameaça terrorista e com a corrupção sistêmica aceleraram a formação de aglomerados policêntricos para a gestão e regulação dessas novas manifestações. Noutro lado, o desenvolvimento acelerado de novas tecnologias,

bens e serviços, fez com que a normatização incidente sobre estes partisse de fluxos distintos dos estatais².

Assim, o processo de globalização necessita ser compreendido como expressão de uma interdisciplinaridade sistêmica (COTTERRELL, 2012). Mesmo a atividade legislativa nacional, anteriormente vista como autônoma e soberana, passa agora a ter relação com a regulação das relações provenientes dos fluxos globalizatórios, que não se restringem à globalização do segundo pós-guerra, cuja grande especificidade verte da policentricidade que marca a globalização do terceiro milênio.

Portanto, se o Direito nacional tem sua atuação confinada nos limites territoriais da jurisdição nacional, com vigência e validade provenientes de condições hierárquicas do ordenamento, se o Direito internacional resulta de acordos mútuos e recíprocos regidos pela soberania dos Estados e pela igualdade formal, o Direito global, em vias de consolidação pelos fluxos do transnacionalismo, por seu turno, dispensa o papel central exercido pelos Estados³. Com isso, a atividade de produção da norma, já não se restringe apenas à satisfação formal e material de demandas políticas nacionais.

Os atos de globalização do jurídico propiciam instrumentos para o estabelecimento de canais de abertura e interpenetração dos preceitos normativos exarados por múltiplos agentes de cunho público e/ou privado, que além do contributo na produção da norma, diante do poder que concentram, exercem atribuições de controle e correição, junto ou em substituição das funções burocráticas estatais. Exatamente pela envergadura de tal poder, as proposições de modelos jurídicos são essenciais para sua submissão.

Esse diagnóstico representa o exaurimento do Estado e das instituições internacionais de cunho monista-dualista⁴, tal como havia previsto Jessup (1956), mas com engrenagens muito mais consistentes

² Ainda que trabalhando com a teoria de regimes jurídicos, merecem destaque os argumentos de Nasser (2015, p. 104): “Regimes jurídicos transnacionais, para serem jurídicos, ou devem pressupor uma definição de direito diferente, de modo a diferenciá-los do que faz jurídicos os regimes que fazem parte do direito internacional público, ou devem pressupor uma definição ampliada, mais inclusiva, que possa abarcar ambos tipos de conjuntos de normas, regras etc. Num mesmo fôlego, direito do comércio internacional, direito do meio ambiente, *lex mercatoria*, *lex constructionis*, *lex digitalis*, são oferecidos como exemplos desses regimes funcionais que seriam a expressão da fragmentação do direito global”.

³ Nesse sentido, ver Staffen (2018a, p. 33).

⁴ Conforme Bogdandy (2014, p. 1.005): “They also lead into a dead end from the point of view of theories designed to capture the entire legal constellation, both analytically and normatively. Dualism ultimately shares the fate of the traditional principle of sovereignty. Monism with public international law at its apex shares the weaknesses of world constitutionalism as a paradigm for grasping the existing law”.

do que as previstas em meados de 1950⁵. As vertentes do Direito (nacional, internacional e global) articulam-se em múltiplos níveis, governos, administrações locais, instituições intergovernamentais, cortes ultra-estatais e nacionais, *networks*, organismos híbridos (público-privado), organizações não governamentais e dos próprios indivíduos.

Por linhas similares avança a posição de Koh (2006), para quem o processo de transnacionalização do Direito ganha corpo com base na complementaridade de atuação dos atores responsáveis por ativar o processo (*transnational norm entrepreneurs*) junto aos apoiadores governamentais (*governmental norm sponsors*), os quais em conjunto desenvolvem padrões normativos de cunho transnacional/global.

Em linhas gerais, a globalização promove radical mudança nos poderes em operação nos mais diversos níveis, incluindo o poder ideológico, institucional e normativo, com as respectivas interações sociais que a todo momento encontram novos arranjos. O poder dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz.

Esse cenário de cooperação absolutamente novo em suas características pode ser facilmente ilustrado nos exemplos da Organização Internacional para a Estandarização (ISO), composta por organismos de normatização, de matriz híbrida público-privado, criando pontes entre setores públicos e privados, mas com atribuições regulamentadoras iminentemente públicas (SCHEPEL, 2005). O mesmo critério de parceria vislumbra-se com a adesão de Estados ao Comitê da Basileia para a vigilância bancária, de modo que uma instituição tipicamente nacional transcende sua *prima ratio* a fim de contribuir para autoridades bancárias internacionais. Outro caso de envergadura e incidência prática no dia a dia aponta para a regulamentação e regulação da internet. À ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) – uma organização público-privada composta por entes privados – cabe desenvolver funções públicas que atingem o globo indistintamente.

Por sua vez, existem organizações estritamente privadas a transitarem no cenário global sem pontos de dependência e condicionantes público-estatais. É o caso da Fédération Internationale de Football Association (FIFA), do International Accounting Standards Board (IASB), da World Anti-Doping Agency (WADA), da International

⁵“I shall use, instead of ‘international law’, the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories” (JESSUP, 1956, p. 136).

Electrotechnical Commission (IEC) e da International Chamber of Commerce (ICC), que elaboram e aplicam suas normas de modo autônomo com o objetivo central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, inclusive, de instituição parceira para organismos nacionais e internacionais, conforme se vislumbra com a ONU e com a Organização Mundial do Comércio (OMC) (CASSESE, 2013, p. 19). Por outro lado, não são raras as instituições que operam em cenários globais exercendo, no âmbito de suas atividades, monopólios normativos e/ou fiscalizatórios, condicionando inclusive Estados, suas instituições e as organizações internacionais (DARNACULLETA I GARDELLA, 2016, p. 25).

Ademais, observa-se o progressivo aumento do número de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. Entre elas, entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, a segurança alimentar, as finanças e o comércio, à internet, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte. Dessa perspectiva não escapa o tema da corrupção.

Como consequência, observa-se uma mutação efetiva nas funções do Legislativo nacional. Tanto os eixos de pressão quanto às fontes normativas passaram, com a globalização jurídica e do transnacionalismo, por amplo alargamento, em certa medida incontornável e irrefreável. Opera-se uma sangria no tradicional paradigma de ordenamento jurídico. Agentes transnacionais lançam instrumentos jurídicos cogentes que incidem sobre a máquina estatal e as pessoas diretamente, no qual o devido processo legislativo é instrumentalizado, instalando um panorama complexo e ambíguo. Ambíguo em razão de proceder na produção normativa sobre bases contraturalísticas, combinando público e privado na circulação de modelos jurídicos.

Dada a experiência jurídica em curso, parece haver uma predisposição das múltiplas instituições a reconhecerem e a respeitarem fontes normativas que consigam corresponder aos anseios dinâmicos e complexos com foco no *ser* e no *dever-ser* dos comportamentos a serem regulados. Nesses novos tempos, a produção normativa pode ser equiparada aos preceitos ordenados pela ideia de oferta e procura – isto é, para novas relações intersubjetivas postas em desenvolvimento, novas

previsões jurídicas são demandadas para regular os fatos. Assim, mesmo que haja regulação privada, o seu desiderato acaba por satisfazer a necessidades públicas, primeiro pela confusão entre público e privado; depois, por responder às demandas consignadas. Tal comportamento ajuda a compreender a função das fontes do Direito, os instrumentos pelos quais se manifestam, o uso de indicadores, o atributo de autoridade e a emergência consubstanciada de expedientes de *soft law* e autorregulação.

Em síntese fornecida por Koh (1996, p. 183-184), o processo normativo atual compreende:

the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international for a to make, interpret, enforce, and ultimately, internalize rules of transnational law.

Portanto, devem-se considerar as pressões externas para a aplicação da norma, seja ela material ou processual. Especialmente sobre o aspecto da atividade legislativa, o caso brasileiro de prevenção e combate à corrupção consubstancia empiricamente a posição de Koh. Não apenas a *legis ferenda*, como também a *sententia ferenda* tornou-se sistemática e progressivamente permeada por insumos transnacionais para fundamentação dos seus atos.

3 O uso de indicadores transnacionais e a atividade legislativa nacional

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um território

mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a circulação de pessoas, ideologias, capitais, mercadorias, bens e serviços, o que demonstra a redução (crise) do Estado e institui instrumentos de governança global. Nas palavras de Bogdandy (2014), a internacionalização tornou-se um modo de vida.

Com isso, a prática de produção e o uso de indicadores na governança global estão em constante ampliação e sofisticação. De um lado, atores transnacionais, como as agências de classificação de riscos; agências públicas de desenvolvimento internacional, como o Banco Mundial e a ONU; organismos governamentais de ajuda, como a Corporação do Desafio do Milênio, empresas globais e investidores; órgãos preocupados em avaliar ou fazer cumprir os padrões legais existentes, como órgãos de monitoramento de tratados de direitos humanos, ongs e várias comunidades científicas ou especializadas, especialmente no campo da ciência política sistematicamente utilizam e promovem métricas especializadas de comparação e desempenho (DAVIS; KINGSBURY; MERRY, 2012, p. 3).

Por outro lado, a publicação e a circulação global de indicadores, *rankings*, índices e afins infiltram-se também em temas e demandas nacionais/locais. Seja pelo afã de promover comparações, por imposições advindas de contratos de investimento, seja pelo anseio de maior legitimidade das decisões produzidas, o uso de indicadores transnacionais/globais avança no território até então controlado pela política e pela burocracia soberana dos Estados.

Nesse sentido, a utilização de indicadores de governança, em que pese sua gênese transnacional, com maior frequência e densidade condicionam expedientes nacionais desde fora. O Controle da Corrupção e *rule of law*, produzido pelo Banco Mundial; os indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento do

Milênio sob os auspícios da ONU; o Índice de Percepção de Corrupção desenvolvido pela *Transparency International* (STAFFEN; OLIVIERO, 2015); o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) produzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD); os indicadores de Tráfico de Pessoas publicados pelo Departamento de Estado dos EUA; o *ranking* PISA de aproveitamento escolar confeccionado pela Organização para Cooperação ao Desenvolvimento Econômico (OCDE) (BOGDANDY; GOLDMANN, 2012, p. 52) e vários indicadores produzidos por consultorias especializadas em assessorar os investidores em riscos políticos podem ser elencados como exemplos dessa nova tendência global (DAVIS; KINGSBURY; MERRY, 2012, p. 3-4).

A crescente produção e uso de indicadores na governança global tem o potencial de alterar as formas, o exercício e talvez até as distribuições de poder em certas esferas de governança global (DAVIS; KINGSBURY; MERRY, 2012, p. 4). Em linhas gerais, o uso de indicadores de governança sinaliza o grau de especialização conquistado em nível global (DARNACULLETA I GARDELLA, 2005, p. 63). Simultaneamente avança em sua capacidade de penetrar no exercício de políticas públicas, investimentos, processo legislativo, atuação judicial e organização social também nos assuntos domésticos de cada Estado.

Assim, a circulação e a utilização de indicadores não se demarcam perfeitamente entre o nacional, o internacional e o global. Para a avaliação tanto dos impactos transnacionais quanto das influências nacionais, os mecanismos carecem de iluminação diversa do estadocentrismo ou de monismo/dualismo. Os mecanismos orientados pelo Direito Internacional, em igual medida, ficam topograficamente confusos, haja vista a multiplicação de normatizações internacionais informais, pois muitas normas internacionais recentemente editadas não se configuram como tratados formais (PAUWELYN, 2012, p. 13). Os indicadores globais de governança são globais em relação ao ente responsável pela sua produção e pela comparação que produzem, mas transitam nos espaços nacionais para condicionarem demandas locais sem deixarem de ser globais.

Conforme diagnostica Sassen (2015), o momento atual da autoridade e do Direito é marcado pela justaposição de territórios e de poderes que se movem rapidamente graças ao domínio e a produção da informação. Para se evitarem as chamadas *fracturas en la regulación*, as políticas de regulação nacionais buscam evitar o rótulo de descumprimento normativo, o vazio legislativo e/ou a desconformidade das normas com oferta de mecanismos alinhados com as demandas de atores nacionais e globais. Desse modo, orientando pelo global, o local é ponto elementar para o funcionamento daquele (SASSEN, 2015, p. 488-493).

Diante desse cenário de justaposição e de penetração nos assuntos nacionais, especialmente na atividade legiferante, a invocação de indicadores de governança global necessita vir acompanhada de questionamentos para além do juízo de conveniência e oportunidade. Seguindo a proposta de Davis, Kingsbury e Merry (2012, p. 4, tradução nossa), a utilização de indicadores em processos nacionais supõe saber:

que processos sociais envolvem a criação e o uso de indicadores?; como as condições de produção influenciam os tipos de conhecimento, mudam a natureza da definição de padrões e da tomada de decisão?; como isso afeta a distribuição do poder entre os que governam e aqueles que são governados?; qual é a natureza das respostas aos exercícios de poder através de indicadores, incluindo formas de contestação e tentativas de regular a produção ou uso de indicadores?⁶.

Considerando as particularidades de cada regime democrático nacional e seus procedimentos para a atividade legislativa e, noutro ponto, as especificidades dos indicadores de governança global – a saber: simplificação de dados brutos e do complexo social; comparação com demais padrões e entes; recorte temporal sobre dados e fatos; e a autoridade científica-técnica dos responsáveis por sua produção – é necessário fazer uma filtragem na adoção e na mensuração da extensão do uso para os indicadores.

⁶No original: “What social processes surround the creation and use of indicators?, How do the conditions of production influence the kinds of knowledge change the nature of standard-setting and decision-making?, How does it affect the distribution of power between and among those who govern and those who are governed?, What is the nature of responses to the exercises of power through indicators, including forms of contestation and attempts to regulate the production or use of indicators?”.

A mera validação e/ou referência aos indicadores no âmbito da atividade legislativa propicia o encampamento de questões políticas, institucionais e jurídicas sensíveis. Embora tradicionalmente cada indicador receba uma nomenclatura alinhada com sua síntese de dados ou da sua pretensão de classificação, apenas isso não justifica o seu uso. Nesse sentido, há que se considerar que corrupção e transparência estão consubstanciadas na lógica da mensuração estatística.

Na mesma linha de parcimoniosa utilização dos indicadores, deve-se pontuar a necessidade de atenção aos métodos e expedientes de comparação. Todo indicador é resultado de uma simplificação do complexo social que carece de comparação entre cada estrutura em análise (DAVIS; KINGSBURY; MERRY, 2012, p. 8). Portanto, introduzir no discurso legislativo nacional indicadores de governança global sem a devida exposição comparada acaba por esvaziar o conteúdo do debate político-institucional (ESPELAND; SAUDER, 2012, p. 87). O uso de indicadores como ideia de Direito público necessita especificar, em sociedades democráticas, as condições e o exercício de tal poder (BOGDANDY; GOLDMANN, 2012, p. 53).

Como resultado, a introdução de argumentos dotados de indicadores de governança global no processo legislativo, sem a devida adequação e compatibilidade, além de solapar o exercício de faculdades democráticas substanciais, desconsidera a natureza específica e comparada dos indicadores para usá-los como argumento de autoridade. Consequentemente, a natureza da resposta entre a demanda e a natureza do poder é desconsiderada perante a noção de legitimação pré-determinada inerente a cada indicador. Assim, no plano nacional, assume-se o risco de colocar “a autoridade da informação como paralela à autoridade

de seus manipuladores na hierarquia” (DAVIS; KINGSBURY; MERRY, 2012, p. 9, tradução nossa), qualitativamente prejudicando tanto o debate democrático legislativo quanto a destinação dos indicadores.

Saliente-se que indicadores são frequentemente utilizados em espaços nacionais de normatização pela carga de eficiência, consistência, transparência, cientificidade e imparcialidade. Com frequência, o labor de compilação de indicadores de governança global para projetos de lei orienta-se pela economia que tais atributos conferem ao expediente de subsidiar cada proposta (DAVIS; KINGSBURY; MERRY, 2012, p. 16).

Tal constatação decorre de dois pontos básicos. O primeiro, a máxima de que os indicadores são padrões e, portanto, carecem de reflexões e avaliações sobre sua plena utilização num contexto específico de comparação e alteração. O segundo, a crescente utilização de indicadores de governança global para suplantam vácuos ou adequar espaços ideológicos para uma sociedade melhor, por instituições adequadas, aproximando uma boa sociedade com uma boa política (DAVIS; KINGSBURY; MERRY, 2012, p. 9).

A utilização dos indicadores de governança global de forma distorcida, no caso de projetos legislativos no âmbito de cada Estado nacional, pode gerar idiosincrasias no momento de aplicação da norma produzida. Governos que carecem de melhorias em suas indexações comparativas podem valer-se de indicadores para justificar a mudança legislativa apenas como placebo para demandas internas e/ou externas, pouco alterando o *status quo* e as projeções de futuro. Em vez de corrigir eventuais inconformidades, desenvolvem simulacros na relação comparatista aos olhos do responsável pela indexação.

Face à influência de indicadores de governança global, o uso de indicadores em processos legislativos requer constante confrontação a compatibilidade social, os fenômenos de alteração, a natureza do poder a ser exercido e o grau de interferência. É, pois, indispensável um corpo de avaliadores interessados em compatibilizar o uso de justificativas transnacionais à proposta legislativa. Igualmente, não se pode perder de vista a atenção especial ao “tempo” dos indicadores diante da dinâmica do processo legislativo. Inegavelmente a velocidade para simplificação e produção de indicadores é distinta do percurso legislativo e da gama de situações que regula ou deve regular (ESPELAND; SAUDER, 2012, p. 87).

Importante destacar que o uso de indicadores de governança global como mecanismos de justificação de propostas legislativas (*lato sensu*) apresenta atributos para a cooperação com a atividade legiferante, no momento em que esta dificilmente consegue blindar-se de pressões transnacionais/globais, facilitando a inserção nacional em campos ex-

ternos e a prestação de intervenções adequadas à sociedade. Contudo, a validação de indicadores apenas por deferência às autoridades transnacionais ou como instrumento ideológico, tende a esvaziar e comprometer ao processo legislativo e, sobretudo, ao resultado normativo produzido (CATANIA, 2010, p. 10). Indicadores podem auxiliar o Estado Democrático de Direito, mas não devem ser adotados como um argumento e/ou ideologia *prêt-à-porter* que a tudo justifica.

Nesse contexto, adverte Posner (2009, p. 58-70) sobre os riscos da existência de Legislativos sem legisladores e Executivos sem governantes, dada a interferência transnacional, consentida e tolerada voluntariamente pela inabilitação dos atores nacionais tradicionais. Ainda que o uso de indicadores possa ser entendido como *government at a distance*, capaz de viabilizar a influência de determinados atores na regulação de pessoas e instituições globalmente dispersas, que afeta normas, o exercício do poder sobre quem e por quem tais instrumentos serão manejados condiciona-se à expansão de concepções políticas compartilhadas (DAVIS; KINGSBURY; MERRY, 2012, p. 12-13).

Por fim, a atual produção normativa estatal, seja a desenvolvida em Estados “fortes”, seja a desenvolvida em Estados “fracos”, é orientada substancialmente por demandas transnacionais/globais – contrapondo-se a anseios nacionais/locais (e/ou sofisticando-os) – para as quais os indicadores se tornaram condição de racionalidade. A normatização estatal é orientada de fora; assim, resta exigir dos legisladores constituídos a satisfação do primado democrático e do devido processo legislativo.

4 A influência de indicadores transnacionais na iniciativa legislativa nacional de combate à corrupção

Atores globais exercem forte pressão sobre os poderes soberanos nacionais para introduzirem mecanismos preventivos e repressivos de combate à corrupção. Nesses casos, o Legislativo e o Executivo convertem-se em destinatários de “recomendações” provenientes do exterior para adequarem suas normatizações e regulamentos. No Brasil, exemplificativamente, é clara a menção nas exposições de motivos de PLs (sentido lato) de combate à corrupção, subsidiados por indicadores, *rankings*, memorandos e estatísticas de organizações como Banco Mundial, *International Transparency*, Comitê da Basileia, GAFI, FMI e ongs⁷.

⁷ Apenas para ilustrar as normas publicadas nos últimos 10 anos, a partir da realidade brasileira, é possível apontar como exemplos diretos dessa otimização da atividade

Contudo, ante o exposto, resta avaliar os PLs e PECs que se utilizaram, entre 2015 e 2017, de indicadores transnacionais/globais como expediente para justificar as proposições de prevenção e combate à corrupção pela via legislativa, especialmente após os sucessivos escândalos que assolaram os grupos políticos brasileiros depois de 2013, com atenção substancial para o conjunto de argumentos colecionados à menção de indicadores de governança global sobre a matéria.

4.1 Esclarecimentos metodológicos

Quanto à metodologia utilizada, sem prejuízo do aporte bibliográfico, a pesquisa que se apresenta sustenta-se na análise das justificativas dos projetos de lei e das propostas de emenda constitucional apresentadas entre as sessões legislativas de 2015 até 2017, na Câmara dos Deputados, extraído do Relatório de Proposições – Sistema de Informações Legislativas, com buscas restritas às expressões “corrupção” e “transparência”.

Ao todo, foram analisadas 271 proposições, exclusivamente sobre o teor das justificativas e das motivações. Não houve apreciação do teor do texto de PL ou PEC por razões como: a fuga ao objetivo desta pesquisa; as múltiplas variáveis do processo legislativo e as diversas etapas de cada proposta em tramitação ou posteriormente arquivadas. Sem prejuízo de sua relevância, para a presente pesquisa não foram analisadas proposições legislativas iniciadas no Senado Federal, especialmente pela preponderância da canalização dos atos de soberania popular inicialmente pela Câmara dos Deputados, no caso brasileiro, haja vista ser uma hipótese relevante para a investigação.

Sobre o recorte temporal, justificam-se os anos de 2015 até 2017 em razão da projeção dada nacional e internacionalmente aos casos de corrupção no Brasil, da condição de ebulição legislativa sobre a temática e desdobramentos do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff e denúncias contra o vice-presidente Michel Temer. Por fim, do resultado de catalogação de PLs e PECs com referência à corrupção, foram excluídas 17 proposições por utilizarem o termo corrupção para

legiferante, com o acoplamento recomendações transnacionais: Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência) e Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso Público à Informação), influência direta do preceitos da ONG Transparência Internacional; Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), influência da ONG Transparência Internacional, Banco Mundial e convenções da ONU; Lei nº 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo), influência direta do GAFI, mediante memorandos, para controle de movimentações financeiras para suporte a grupos terroristas; Lei nº 13.322/2016 (Lei Antidopagem), adota prescrições da WADA para fins de controle sobre o uso de substâncias proibidas para prática desportiva (BRASIL, 2009, 2011, [2015h], 2016c, 2016d).

temas como corrupção de menores, corrupção de alimentos e/ou fármacos. Procedeu-se também à exclusão de dois projetos de lei por não consignarem suas justificativas.

Assim, a delimitação do termo “corrupção”, em que pese sua dificuldade de conceitualização, ficou confinada à ideia de utilização do aparato administrativo público, direto ou indireto, para vantagens privadas, estudado em 252 projetos de iniciativa legislativa em 2015, 2016 e 2017.

A primeira fase do tratamento dos dados, coletados junto ao Sistema de Informação Legislativa da Câmara dos Deputados, consistiu na divisão dos PLs e PECs habilitados ao tema da corrupção e da transparência que descrevessem em sua justificativa instituições, organizações e/ou atores transnacionais/globais, incluindo a ONU e a OEA, por se entender que exercem atuação nos planos transnacionais e globais, não se restringindo apenas ao Direito Internacional. No momento subsequente, realizou-se a individualização das proposições cujas justificativas mencionassem indicadores produzidos por atores transnacionais/globais. Com base nesse subgrupo, procedeu-se à análise da influência desses indicadores na iniciativa legislativa de prevenção e combate à corrupção.

4.2 Sessão legislativa de 2015

O ano de 2015, de extrema ebulição política no Brasil, é marcado pelo início do segundo mandato presidencial de Dilma Rousseff, pela eleição de Eduardo Cunha para a presidência da Câmara dos Deputados, pelo aniversário de um ano da Operação Lava Jato (OLJ), pela rejeição das contas presidenciais pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pelo agravamento da crise econômica, pela publicação de lista com nomes de 54 políticos

investigados e denunciados pela Procuradoria Geral da República (PGR) por crimes contra a Administração Pública, pela prisão de senador da República no exercício do mandato, pela prisão dos maiores empreiteiros do País, pelo início do processo de *impeachment* da presidente, pela investigação da campanha presidencial de Dilma Rousseff e Michel Temer no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por brigas e agressões entre parlamentares e sucessivos protestos sociais capilarizados pelo território nacional.

Nesse contexto, no qual a corrupção foi elencada como a maior causa de temor por parte dos brasileiros, superando a violência, o desemprego e o problema de acesso aos serviços públicos, foram apresentados na Câmara dos Deputados 134 PLs e PECs com menção à expressão “corrupção”. Outras 22 propostas versaram sobre “transparência” em seu teor. Dessas propostas, nas respectivas justificativas foram destacadas 31 menções a atores transnacionais/globais para o tema da “corrupção” e outras seis referências associadas com “transparência”.

Tais dados apontam para a validação de instituições transnacionais/globais no discurso legislativo nacional, comprovando a tese de penetração de mecanismos e instituições transnacionais no cenário nacional e sua capacidade de ressignificação dos assuntos domésticos. Os percentuais de 23,13% de referência a atores transnacionais/globais na temática de “corrupção” e 27,27% relativos à “transparência” ilustram a importância de tais entes aos olhos dos autores de cada proposição, para dar seguimento aos respectivos projetos de lei e propostas de emenda constitucional.

Por sua vez, proporcionalmente, o ator de maior impacto foi a ONU (38,71%), seguida pela *International Transparency* (22,58%) e

OEA (9,6%). Em que pesem os destaques para a ONU e a OEA, o percentual de 51% de menções para instituições tipicamente transnacionais/globais sinaliza, além da recepção de sua autoridade para o debate legislativo, o aspecto difuso e especializado de tais atores.

Entretanto, quando da análise da influência material de cada ator transnacional/global sobre os respectivos projetos legislativos, se observa uma baixa densidade de argumentos pormenorizados e minimamente articulados entre o cenário original de produção das informações e o contexto nacional em vias de normatização. Parte significativa das menções a atores transnacionais/globais não passa da simples referência ao seu nome ou, no caso das citações da ONU, lastreadas em convenções da qual o Brasil é signatário.

Expressamente, apenas são encontrados dados sobre indicadores de governança transnacional/global na temática de “corrupção” e “transparência” no PL 2.814/2015 (BRASIL, 2015c) (“Disciplina a aplicação de percentuais de publicidade para ações e programas, bem como estabelece procedimentos e rotinas para prevenir a prática de atos de corrupção”) de autoria do deputado Carlos Sampaio (PSDB) e outros; PL 48/2015 (BRASIL, 2015b) (“Extingue a produção, circulação e uso do dinheiro em espécie, e determina que as transações financeiras se realizem apenas através do sistema digital”) de autoria do deputado Reginaldo Lopes (PT); PL 3.165/2015 (BRASIL, 2015d) (“Institui o Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público e dá outras providências”) de autoria do deputado Onyx Lorenzoni (Democratas); PL 3.927/2015 (BRASIL, 2015f) (“Disciplina a aplicação de percentuais de publicidade para ações e programas, bem como estabelece procedimentos e rotinas para prevenir a prática de atos de corrupção”), de

autoria do deputado Índio da Costa (PSD); PL 3.993/2015 (BRASIL, 2015g) (“Disciplina a aplicação de percentuais de publicidade para ações e programas, bem como estabelece procedimentos e rotinas para prevenir a prática de atos de corrupção”), de autoria do deputado Miro Teixeira (REDE); PL 166/2015 (BRASIL, 2015a) (“Dispõe sobre a criação do Fundo de Combate à Corrupção”), de autoria do deputado Fabrício Oliveira (PSB); e PL 3.765/2015 (BRASIL, 2015e), de autoria do deputado André Abdon (PRB), que altera

a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências, para assegurar a transparência na prestação de contas das empresas estatais.

Das 134 proposições legislativas analisadas, apenas sete mencionaram indicadores de governança global em suas justificativas (5,22%), embora o número de atores transnacionais/globais referenciados seja amplamente superior. Dos sete projetos legislativos sublinhados, três (PL 3.927/2015, PL 2.814/2015 e PL 3.993/2015) restringiram-se à citação do *ranking* da *International Transparency* com o exemplo do combate à corrupção realizado por Hong Kong nas últimas décadas e destaques de reportagens midiáticas sobre o problema brasileiro. No caso do PL 48/2015, observa-se um cuidado maior com a utilização de indicadores (*ranking World Payments Reports*) produzidos pelo *Royal Bank of Scotland* e Capgimini relacionados à utilização de estatísticas nacionais sobre movimentações financeiras. O PL 166/2015 men-

ciona o “ranking mundial da corrupção” da *International Transparency*, bem como contextualiza o papel desse ator transnacional/global. No PL 3.165/2015, a despeito de uma tentativa de comparação com modelos jurídicos de outros países, mantém-se a tendência de carente contextualização de estatísticas e indicadores produzidos pela ONU, OEA, OCDE e *International Transparency*. Por sua vez, o PL 3.765/2015, recorre ao *ranking* da *International Budget Partnership*, mas sem maiores apreciações sobre o contexto de incidência na realidade brasileira.

Em síntese, as justificativas relacionadas ao tema da “corrupção” e da “transparência”, protocoladas durante a sessão legislativa de 2015, apontam para a utilização significativa de atores transnacionais/globais muito mais como instituições de “autoridade” do que responsáveis por fornecer indiretamente subsídios substanciais à atividade legislativa através de indicadores globais. Não foram observadas, em nenhum dos sete casos, contraposições exaurientes aos índices, metodologias e/ou compatibilidade com a realidade brasileira. Ademais, parte significativa das propostas transplantou excertos do Movimento “Dez Medidas de Combate à Corrupção”, conduzido pelo MPF.

4.3 Sessão legislativa de 2016

Os acontecimentos políticos nacionais produzidos em 2016 relacionam-se diretamente às ocorrências do ano anterior. Parte significativa da atuação parlamentar de 2016 esteve associada com a acolhida do pedido de *impeachment* de Dilma Rousseff, em 5/12/2015, pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha. Na abertura da sessão legislativa, Dilma Rousseff é vaiada por congressistas; prosseguem as prisões de políticos e pes-

soas próximas ao núcleo do poder; no âmbito da OLJ, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva é conduzido coercitivamente para depor na Polícia Federal; são realizadas irregularmente interceptações das ligações telefônicas da presidente Dilma Rousseff; Luís Inácio Lula da Silva é nomeado ministro de Estado, mas tem sua posse vedada pelo Judiciário; é autorizado o processo de *impeachment* pela Câmara dos Deputados; o presidente da Câmara dos Deputados é afastado do cargo pelo STF; o vice-presidente Michel Temer assume interinamente a presidência da República; ministros recém-nomeados são afastados por interferências na OLJ; o deputado Eduardo Cunha é cassado; o Senado Federal cassa o mandato de Dilma Rousseff; Michel Temer assume definitivamente a presidência da República; o STF determina o afastamento do presidente do Senado, Renan Calheiros; o empreiteiro Marcelo Odebrecht pactua delação premiada; a Câmara dos Deputados aprova texto da Lei “das Dez Medidas de Combate à Corrupção” – iniciativa popular liderada pelo Ministério Público Federal (BRASIL, 2016a).

Uma vez mais, o tema da corrupção dominou os assuntos da vida política nacional. Diante disso, a Câmara dos Deputados contabilizou 48 proposições legislativas acerca do tema “corrupção” e outras seis iniciativas relacionadas com a expressão “transparência”. Dessas propostas, nas respectivas justificativas foram destacadas 16 menções a atores transnacionais/globais para o tema da “corrupção” e outras três referências associadas com “transparência”.

Considerando as estatísticas matemáticas, observa-se um aumento proporcional no uso de argumentos lastreados em atores transnacionais/globais para a justificação de proposições legislativas protocoladas na Câmara dos Deputados, em relação ao ano anterior. Para o

tema da “corrupção”, 33,33% das iniciativas invocaram nominalmente atores transnacionais/globais, ao passo que para “transparência” esse percentual alcançou 50%.

Por sua vez, proporcionalmente o ator de maior impacto foi a ONU (25%), seguida por ongs (18,75%) e a *Internacional Transparency* (6,25%). Novamente, se contabilizados apenas os atores tipicamente transnacionais/globais, observa-se uma margem de influência propiciada pelos respectivos deputados federais na ordem de 62%, difusamente distribuída entre instituições como FIFA e GAFI.

Entretanto, manifestações lastreadas no uso de indicadores transnacionais/globais foram observadas apenas em duas proposições: o PL 5.348/2016 (BRASIL, 2016b) (“Acrescenta dispositivo ao Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941 – Código de Processo Penal, para criar a prisão preventiva excepcional, seus procedimentos e prazos”), de autoria do deputado Weverton Rocha (PDT) e PL 4.850/2016 (BRASIL, 2016a, p. 1) (“Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos”), iniciativa popular de lei apresentada pelo deputado Antônio Carlos Thame (PV). Em índices percentuais, constata-se a relação de 4,16% de proposições legislativas a utilizarem indicadores, o que reafirma a tese de menção a atores transnacionais/globais tendencialmente pela “autoridade” das instituições, pouco pelo uso das informações e insumos que produzem.

Especificamente sobre a controvertida proposta de lei das “Dez Medidas”, por força do envolvimento do Ministério Público Federal, é tímida a utilização de informações exaradas por atores transnacionais/globais, embora cite mais de dez organizações/instituições estrangeiras em sua justificativa. Todavia, não avança sobre ponderações e reflexões prudentes que deveriam orientar a proposta, especialmente em relação aos preceitos constitucionais vigentes e o contexto social de forma ampla que se pretende normatizar. Mesmo reconhecendo a necessidade de informações estatísticas, de comparação fenomenológica e indexação produzida pelo GAFI para os vácuos informativos brasileiro, desconsidera comparações importantes no ponto de vista institucional, legislativo e jurídico⁸. Proporcionalmente, o estudo de maior densidade produzido restringe-se ao *2014 USSC Guidelines Manual*, produzido

⁸“Uma das razões dessa pesquisa, era responder aos questionamentos do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que avaliou negativamente as medidas do Brasil para o combate desses delitos, mormente em decorrência da falta de estatísticas processuais. As estatísticas devem servir para subsidiar o país no processo de avaliação da implantação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Uncac) e para cumprir Estratégia Nacional contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (Enccla), coordenada pelo CNJ” (BRASIL, 2016a, p. 62).

pelo Departamento de Justiça dos EUA, para a mensuração de penas privativas de liberdade e multa.

4.4 Sessão legislativa de 2017

Um par de denúncias criminais contra o presidente Michel Temer barradas na Câmara dos Deputados, a localização de 51 milhões de reais não declarados em espécie em apartamento de familiar de ex-ministro, o escândalo no processamento de carne, o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva condenado criminalmente em primeira instância, o falecimento accidental do ministro relator dos casos relacionados com a OLJ no STF, pacotes para reformas nas normas eleitorais, na Previdência, na legislação trabalhista e nas diretrizes educacionais, protestos populares, delações de executivos do Grupo J&F, julgamento no TSE da chapa Dilma-Temer, gravações da entrega de dinheiro em mala para deputado federal, pedidos de *impeachment* contra Michel Temer, denúncias criminais contra ministros, afastamento de senador por “caixa 2” foram temas que pautaram o ambiente institucional da Câmara dos Deputados em 2017.

Pelo terceiro ano consecutivo, a relação entre atividade parlamentar e o tema da corrupção esteve em evidência, ainda que numericamente inferior, o que pode ser explicado pelo recuo das pressões populares e pela redução de operações policiais no âmbito da OLJ. Foram apresentadas 43 proposições legislativas com a pauta da “corrupção”, ao passo que outras 14 enfrentaram o assunto da “transparência”. Dessas propostas, nas respectivas justificativas foram destacadas 15 menções a atores transnacionais/globais para o tema da “corrupção” e outras seis referências associadas com “transparência”.

A sessão legislativa de 2017 confirmou a tendência de alta na utilização nominal de atores transnacionais/globais para a justificação de proposições legislativas. Para o assunto “corrupção”, 34,88% das iniciativas consignaram em suas exposições de motivos a menção a atores transnacionais/globais. Sobre “transparência”, 42,86% das propostas mencionaram atores transnacionais/globais em suas justificativas. Proporcionalmente o ator de maior impacto foi a ONU (40%), seguida pela *International Transparency* (26,67%) e ongs (6,67%). Na sessão legislativa de 2017, a densidade de atores tipicamente transnacionais/globais representou a percentagem de 60% das menções nos respectivos textos de proposição legislativa.

Acerca do uso de indicadores de governança transnacional/global, os projetos legislativos na temática “corrupção” e “transparência” representaram um acréscimo quantitativo no seu uso; ao todo, sete

proposições consignaram, em suas justificativas, indicadores, índices e relatórios. Sob o ponto de vista qualitativo, também é perceptível o maior apreço entre o registro de indicadores e sua contextualização com a facticidade e normatividade brasileira. Destaque para o PL 7.858/2017 (BRASIL, 2017a, p. 1) (“Cria o Fundo de Reparação do Custo Social da Corrupção”), de autoria do deputado Francisco Floriano (Democratas); o PL 7.877/2017 (BRASIL, 2017b, p. 1) (“Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional para a prática dos ilícitos previstos nesta Lei”), de autoria do deputado Gilberto Nascimento (PSC); o PL 8.695/2017 (BRASIL, 2017f, p. 1) (“Acrescenta o art. 44-A à Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre a propaganda eleitoral na televisão durante o horário gratuito”), de autoria do deputado Vanderlei Macris (PSDB); o PL 8.103/2017 (BRASIL, 2017c, p. 1) (“Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que ‘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’, para estabelecer a perda de todos os bens do agente político condenado por corrupção”), de autoria do deputado Cabo Daciolo (PTdoB); o PL 9.167/2017 (BRASIL, 2017g, p. 1) (“Estabelece normas gerais sobre o implantação do Programa de Proteção e Incentivo a Relatos de Informações de Interesse Público, e dá outras providências”), de autoria do deputado Antônio Carlos Thame (PV); e duas proposições do deputado Miguel Lombardi (PR), o PL 8.367/2017 (BRASIL, 2017d) (“Dá nova redação à alínea *e* do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, para o fim de dobrar o tempo de inelegibili-

dade para aqueles que praticam crimes contra a administração pública e outros crimes graves”) e o PL 8.368/2017 (BRASIL, 2017e, p. 1), que acrescenta

o § 3º ao art. 317 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para o fim de impor ao agente político detentor de mandato eletivo ou ocupante de cargo de ministro, secretário, presidente ou diretor de órgão, autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista que praticar o crime de corrupção passiva, além das penas já previstas em lei, a pena de proibição do exercício de mandato eletivo, cargo, função ou de qualquer atividade pública de, no mínimo, 12 (doze) anos.

Nesse sentido, 16,27% das propostas legislativas levadas à Câmara dos Deputados, em 2017, consignaram substancialmente indicadores de governança transnacionais/globais em suas justificativas, com maior debate e contextualização perante os fenômenos e demandas nacionais, se comparados com os anos anteriores. Além do incremento quantitativo, o uso qualitativo dos indicadores também é realizado com maior atenção dissertativa, notadamente os produzidos por instituições típicas de direito transnacional/global.

5 Considerações finais

Com base nos argumentos expostos e nos dados empíricos projetados, confirma-se a tese de que o espaço legislativo de cada Estado-nacional não consegue manter-se fechado para a influência de argumentos e atores transnacionais/globais. Em outras palavras, as linhas de demarcação entre o local, o nacional, o internacional, o supranacional, o transnacional e o global tornaram-se vulneráveis e permeáveis às dinâmicas propiciadas pelas múltiplas faces

da globalização e da internacionalização de fenômenos antes estanques.

Desde seus primórdios, a globalização, por meio de suas diversas manifestações, exerce contundentes influências sobre o Direito e suas instituições. Pressiona os expedientes de produção, aplicação e execução das normas. Condiciona, em estruturas extra, supra e transnacional, o *ser* e o *dever-ser* das instituições vinculadas ao Estado, não escapando a atividade legislativa desse fenômeno. Nesse cenário, o uso de indicadores, selos, *rankings*, diretrizes, códigos, certificações e afins, expedidos por atores transnacionais/globais colabora para o preenchimento de vácuos normativos, especificação nas regulamentações, condicionamento de políticas públicas e insumo para o processo legislativo nacional.

Entretanto, a máxima compreensão dos fenômenos sintetizados para dar existência a cada indicador, além do cuidado institucional, deve ser ponderada a fim de estabelecer estratégias para a satisfação de conceitos abertos e/ou indeterminados. Noções como transparência, percepção de corrupção, honestidade, desenvolvimento humano, investimentos, *compliance*, *accountability* e outros demandam por integração e padrões de enquadramento.

No caso brasileiro de prevenção e combate à corrupção, bem como de promoção de instrumentos de transparência entre 2015 e 2017, o que se atesta é o progressivo adensamento do debate institucional nacional pela invocação de atores e indicadores de governança transnacionais/globais. Em certa medida, dado o descrédito da classe política, os indicadores converteram-se não apenas em instrumentos de mensuração e comparação, mas em ideologia para a proposição de uma “boa sociedade”, extremamente apropriada para tempos de moralismos e demagogias. Percebe-se uma tendência de apropriação de “autoridade” das

instituições transnacionais para preencher a descrença relacionada às “autoridades” nacionais.

Extraí-se tal conclusão da quantidade proporcionalmente considerada de instituições estrangeiras mencionadas nominalmente em cada justificativa de projeto de lei e/ou proposta de emenda constitucional, carente de maiores exposições e debates. A natureza jurídica de cada ator parece pouco importar quando a ONU e a *International Transparency* se equivalem em menções, ou quando a última é a maior fonte de indicadores consignados. Também desperta atenção o conjunto de instituições financeiras/bancárias transnacionais que influenciaram os projetos legislativos no tema da “corrupção” e “transparência”, representando 3,4% da totalidade de propostas analisadas ou 13% dos projetos com referência expressa a atores transnacionais/globais.

Além do uso “ideológico” da “autoridade” de cada uma das instituições referenciadas, há que se destacar a baixa densidade do discurso democrático, apto a envolver legitimidade e legalidade para cada propositura legislativa. Parcos são os projetos de lei que apresentam um debate comparativo entre o local e o global, a pertinência dos métodos e indicações exaradas. O que se observa majoritariamente é a mera reprodução de indicadores, especialmente nos projetos protocolados em 2015 e 2016.

Na presente pesquisa, não se questiona o mérito de cada indicador, nem se faz juízo de valor dos fenômenos jurídicos transnacionais/globais; apenas se recomenda que cada proposta legislativa pondere a carga de eficiência, consistência, transparência, cientificidade e imparcialidade imanada em cada indicador perante a complexidade social, econômica, institucional, política e jurídica de cada sociedade. A dinâmica de atores transnacionais/

globais para a construção de indicadores de governança não é a mesma que pauta instituições estatais para a produção normativa. Não são simples os ajustes e as adequações entre tecnocracia e democracia.

Sobre o autor

Márcio Ricardo Staffen é doutor em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia, Perúgia, Itália; doutor e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil; estágio de pós-doutorado em Direito Transnacional na Università degli Studi di Perugia, Perúgia, Itália; coordenador e professor no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito na Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil; *visiting researcher* no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemanha; professor honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Veja, Bellavista, Peru; advogado. E-mail: marcio.staffen@imed.edu.br

Texto produzido durante período de estudos pós-doutorais com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PDE).

Como citar este artigo

(ABNT)

STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 169-193, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p169

(APA)

Staffen, M. R. (2019). Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 169-193. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p169

Referências

BOGDANDY, Armin von. Common principles for a plurality of orders: a study on public authority in the European legal area. *International Journal of Constitutional Law*, [Oxford, UK], v. 12, n. 4, p. 980-1.007, Oct. 2014. DOI: 10.1093/icon/mou066. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/12/4/980/648418>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BOGDANDY, Armin von; GOLDMANN, Matthias. Taming and framing indicators: a legal reconstruction of the OECD's Programme for International Student Assessment (PISA). In: DAVIS, Kevin E.; FISHER, Angelina; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally

Engle (ed.). *Governance by indicators: global power through qualification and rankings*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 52-85. (Law and Governance Series).

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº [166], de 2015*. Dispõe sobre a criação do Fundo de Combate à Corrupção. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1390007&filename=PLP+166/2015. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [48], de 2015*. Extingui a produção, circulação e uso do dinheiro em espécie, e determina que as transações financeiras se realizem apenas através do sistema digital. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296773&filename=PL+48/2015. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.814], de 2015*. Disciplina a aplicação de percentuais de publicidade para ações e programas, bem como estabelece procedimentos e rotinas para prevenir a prática de atos de corrupção. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1378283&filename=PL+2814/2015. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [3.165], de 2015*. Institui o Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015d. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1393836&filename=PL+3165/2015. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [3.765], de 2015*. Altera a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015e. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2056699>. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [3.927], de 2015*. Disciplina a aplicação de percentuais de publicidade para ações e programas, bem como estabelece procedimentos e rotinas para prevenir a prática de atos de corrupção. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015f. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1422916&filename=PL+3927/2015. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.993, de 2015*. Disciplina a aplicação de percentuais de publicidade para ações e programas, bem como estabelece procedimentos e rotinas para prevenir a prática de atos de corrupção. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015g. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1431136.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.850], de 2016*. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016a. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.348], de 2016*. Acrescenta dispositivo ao Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941 – Código de Processo Penal, para criar a prisão preventiva excepcional, seus procedimentos e prazos. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2016b. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1459500&filename=PL+5348/2016. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.858, de 2017*. Cria o Fundo de Reparação do Custo Social da Corrupção. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AC0FFB70A5D669D4F74E6568096E8FD5.proposicoesWebEexterno2?codteor=1573426&filename=Avulso+-PL+7858/2017. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.877, de 2017*. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional para a prática dos ilícitos previstos nesta Lei. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2017b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AC9F8A62C2C62E86F2DBFC178285656A.proposicoesWebExterno2?codteor=1573432&filename=Avulso+-PL+7877/2017. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.103, de 2017*. Altera a Lei nº 12.846, de 1ª de agosto de 2013, que “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, DF]: Câmara dos Deputados, 2017c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F9FB8261223701B753023255A4DA324E.proposicoesWebExterno2?codteor=1590017&filename=Avulso+-PL+8103/2017. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [8.367], de 2017*. Dá nova redação à alínea e, do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, para o fim de dobrar o tempo de inelegibilidade para aqueles que praticam crimes contra a administração pública e outros crimes graves. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2017d. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1590729&filename=PL+8367/2017. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.368, de 2017*. Acrescenta o § 3º ao art. 317, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para o fim de impor ao agente político detentor de mandato eletivo ou ocupante de cargo de ministro, secretário, presidente ou diretor de órgão [...]. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2017e. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A687348BFE9F460D6681C3EA17CADC1A.proposicoesWebExterno1?codteor=1597416&filename=Avulso+-PL+8368/2017. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 8.695, de 2017*. Acrescenta ao art. 44.A à Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre a propaganda eleitoral na televisão durante o horário gratuito. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2017f. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=678C2E5C1375DC9AF1A44BA24E290E03.proposicoesWebExterno1?codteor=1609645&filename=Avulso+-PL+8695/2017. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 9.167, de 2017*. Estabelece normas gerais sobre o implantação do Programa de Proteção e Incentivo a Relatos de Informações de Interesse Público, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2017g. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D973842A16BBA87454642ACE7F7F04D1.proposicoesWebExterno1?codteor=1630001&filename=Avulso+-PL+9167/2017. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. *Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009*. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp131.htm. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. *Lei nº 12.846, de 1ª 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, DF: Presidência da República, [2015h]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016*. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm. Acesso em: 13 dez. 2018.

_____. *Lei nº 13.322, de 28 de julho de 2016*. Altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, para dispor sobre o controle de dopagem, 12.780, de 9 de janeiro de 2013, que dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização, no Brasil, dos Jogos Olímpicos de 2016 e dos Jogos Paralímpicos de 2016 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13322.htm. Acesso em: 13 dez. 2018.

CASSESE, Sabino. *Chi governa il mondo?* Traduzione di Lorenzo Casini. Bologna: Il Mulino, 2013. (Saggi, v. 798).

CATANIA, Alfonso. *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*. 2. ed. Roma: GLF Laterza, 2010. (Libri del Tempo Laterza, v. 415).

COTTERRELL, Roger. What is transnational law? *Law & Social Inquiry*, London, v. 37, n. 2, p. 500-524, Apr. 2012. DOI: 10.1111/J.1747-4469.2012.01306.X.

DARNACULLETA I GARDELLA, Maria Mercè. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. El derecho administrativo global: ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo? *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 199, p. 11-49, enero/abr. 2016. DOI: 10.18042/cepc/rap.199.01. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5492352>. Acesso em: 12 dez. 2018.

DAVIS, Kevin E.; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. Introduction: global governance by indicator. In: DAVIS, Kevin E.; FISHER, Angelina; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle (ed.). *Governance by indicators: global power through qualification and rankings*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 3-28. (Law and Governance Series).

ESPELAND, Wendy Nelson; SAUDER, Michael. The dynamism of indicators. In: DAVIS, Kevin E.; FISHER, Angelina; KINGSBURY, Benedict; MERRY, Sally Engle. *Governance by indicators: global power through qualification and rankings*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 86-109. (Law and Governance Series).

GIUDICE, Alessio Lo. *Istituire il postnazionale: identità europea e legittimazione*. Torino: G. Giappichelli, 2011. v. 241.

JESSUP, Philip Caryl. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956. (Storrs Lectures on Jurisprudence).

KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, [Lincoln, NE], v. 75, n. 181, p. 181-207, Jan. 1996. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2902&context=fss_papers. Acesso em: 12 dez. 2018.

_____. Why transnational law matters. *Penn State International Law Review*, [Harrisburg], v. 24, n. 4, p. 745-753, Jan. 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2716&context=fss_papers. Acesso em: 12 dez. 2018.

NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, [Brasília, DF], v. 12, n. 2, p. 98-137, 2015. DOI: 10.5102/rdi.v12i2.3707. Disponível em: <https://www.publicacoescademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3707/pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

PAUWELYN, Joost. Informal international lawmaking: framing the concept and research questions. In: PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A.; WOUTERS, Jan (ed.). *Informal international lawmaking*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012. p. 13-34.

POSNER, Eric A. *The perils of global legalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

SASSEN, Saskia. *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Traducido por María Victoria Rodil. Buenos Aires: Katz, 2015.

SCHEPEL, Harm. *The constitution of private governance: product standards in the regulation of integrating markets*. Oxford, UK: Hart, 2005.

STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018a.

_____. Superlegality, global law and the transnational corruption combat. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 111-130, Jan./Apr. 2018b. DOI: 10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2491. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2491/1588>. Acesso em: 12 dez. 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 71-91, jul./set. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/23/367>. Acesso em: 12 dez. 2018.

Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática

SERGIO TORRES TEIXEIRA

VIRGÍNIA COLARES SOARES FIGUEIREDO ALVES

DANILO GOMES DE MELO

Resumo: Conforme a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, um dos fundamentos para sua elaboração foi proporcionar maior celeridade e efetividade ao processo. Para concretizar esse objetivo, previu-se a tutela de evidência no art. 311, ampliando as hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, mas sem necessidade de comprovação da urgência. Desse modo, o CPC apresenta um novo arcabouço para as tutelas provisórias, sendo imprescindível seu estudo pelos operadores do Direito. Entretanto, a mudança legislativa não tem embasamento estatístico que a justifique. Com efeito, o presente trabalho tem o propósito de apresentar as premissas teóricas que fundamentaram a criação da tutela de evidência, enfrentando os temas relacionados com ênfase em análise empírica de processos judiciais, verificando se existe separação entre os conceitos encampados pela doutrina e os da prática jurídica.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela de evidência. Cognição sumária. Efetividade. Celeridade.

Practical application of the provisional evidence injunction

Abstract: According to the exposition of motives from the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, one of the fundamentals to its elaboration was to provide celerity and effectiveness to the judicial process. To achieve the intended goal, the provisional evidence injunction was introduced through article 311 of the Code, expanding the anticipation hypothesis of the judicial protection effects, without, however, need to prove the urgency. Therefore, the CPC/2015 presents a new framework to the provisory judicial protection, being indispensable its study by the operators of law. However, the legislative change does not possess statistical basement that justifies itself. Thereby, the present work has

Recebido em 17/4/18

Aprovado em 5/8/18

the pretension to present the theoretical premises that grounded the creation of the provisional evidence injunction, facing the themes related to emphasis in empirical analysis of judicial cases where the application of such injunction has been pleaded for, checking if there is separation between the concepts embraced by the doctrine when compared to those used by the juridical practice.

Keywords: Judicial protection. Evidence injunction. Summary cognition. Effectiveness. Celerity.

1 Introdução

Um dos principais debates da doutrina jurídica contemporânea é a crise do processo judicial. Uma instabilidade do modelo processual que se manifesta de diversas formas: entre elas, a morosidade na entrega da tutela jurisdicional e a ausência de efetividade do sistema. A insatisfação com a eficiência do processo judicial, retratada nas inúmeras tentativas do legislador brasileiro de modernizar o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) (BRASIL, 1973) durante a última década do século passado e a primeira década do atual por meio de leis reformistas, acabou por levar a um recomeço mediante a elaboração do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) (BRASIL, 2015a). Para tanto, foram criados, sistematizados e alterados diversos institutos processuais, como o julgamento antecipado parcial, o incidente de resolução de demandas repetitivas, um sistema de precedentes judiciais “à brasileira” (*stare decisis brasiliensis*) e o instituto que constitui o objeto do presente trabalho – a tutela provisória da evidência, cuja disciplina se encontra no art. 311 do CPC.

Silva (2004, p. 2) constata que há uma significativa distância entre o discurso acadêmico e a prática forense, entre o dizer e o fazer, entre o direito dos manuais universitários e o direito que acontece na prática jurídica. Sob essa perspectiva, a análise dos processos judiciais permite verificar se existe separação entre os conceitos encampados pela academia e os da prática jurídica, assim como os desafios do instituto da tutela de evidência na prática.

Costa (2009, p. 48) afirma que a tradição editorial brasileira não costuma destacar, em seus repertórios de jurisprudência, um espaço destinado às tutelas provisórias. Dessa forma, o uso que tem sido feito das tutelas provisórias pelos juízes fica à margem de qualquer divulgação e, por consequência, de qualquer estudo.

Contudo, a utilização do processo digital poderá promover uma reviravolta no estudo do Direito, pois a pesquisa jurídica, antes dificultada pelos entraves burocráticos dos cartórios, agora pode lançar mão dos processos na íntegra, sem precisar de deslocamento. Vale ressaltar que, antes do surgimento dessa forma de processo, uma análise empírica era praticamente inviável, uma vez que as publicações se limitavam às decisões dos tribunais, especialmente as consideradas mais relevantes.

Por isso, o presente trabalho teve como principal objetivo a apreciação do uso da tutela de evidência pelas partes e pelos juízes, por meio da análise dos processos em meio eletrônico. A pergunta de partida para o desenvolvimento deste trabalho é a seguinte: a tutela de evidência no dia a dia das atividades forenses corresponde àquilo que foi prometido na Exposição de Motivos do CPC e àquilo que os doutrinadores têm construído sobre o instituto? Esta pesquisa buscou responder à questão por meio da análise quantitativa e qualitativa dos processos que envolviam tutela de evidência do art. 311 do CPC.

Sob essa perspectiva, para a elaboração deste trabalho, os dados analisados foram coletados em processos com decisões sobre a tutela de evidência com base no art. 311 do CPC, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). A opção de analisar os processos do TJSP deveu-se à ferramenta de pesquisa dos processos no Sistema de Automação da Justiça (E-SAJ), utilizado pelo TJSP, que possibilita a busca dos temas de maneira mais simples e eficaz que o sistema de outros tribunais, como o Processo Judicial Eletrônico (PJE). Ademais, o CPC entrou em vigor em março de 2016, de modo que haveria risco de não haver grande número de processos a serem analisados e o TJSP, por ser o tribunal

estadual com o maior número de processos distribuídos, proporciona mais dados a serem coletados.

Os dados foram coletados por meio de acesso pela internet ao sistema E-SAJ (SÃO PAULO, [200-]). O tema inserido na ferramenta de busca foi “tutela de evidência”. No campo “assunto”, selecionou-se apenas o “cível” e, no campo “data”, escolheu-se o período entre 18/4/2016 e 30/11/2016. Na análise pormenorizada dos processos, consultados mediante utilização de assinatura digital, requisito para consulta na íntegra, foram retirados os temas envolvendo tutela de evidência diversa do art. 311 do CPC, bem como os pedidos de tutela de evidência em que o juiz não se manifestou. Da coleta final foram selecionados 89 processos, conforme planilha anexa ao presente trabalho.

2 Considerações gerais sobre a tutela de evidência

O legislador de 2015 introduziu no *caput* do art. 294 do CPC a figura da *tutela provisória* e dividiu-a em duas espécies, a *tutela de urgência* e a *tutela da evidência*. A tutela provisória corresponde a um mecanismo por meio do qual o órgão jurisdicional poderá conceder medidas judiciais aptas a proporcionar efeitos materiais antes da concretização do provimento final, seja para atender a uma situação emergencial na qual há receio de ocorrência de um dano imediato ou uma ameaça de perda da serventia do processo (tutela de urgência), seja para adiantar a proteção jurisdicional diante de uma situação de alta probabilidade de acolhimento da pretensão de uma das partes (tutela da evidência). O art. 300 do CPC exige como pressuposto de concessão da tutela de urgência, além de

um quadro de *periculum in mora*, uma situação retratada nos autos de “probabilidade do direito”, ao passo que o art. 311 impõe como pressuposto básico a demonstração nos autos de uma situação de “evidência do direito”.

A palavra *evidência* significa uma qualidade ou caráter daquilo que é incontestável; que todos veem ou podem ver e verificar; que não deixa dúvidas; algo que prova a existência de um fato com certa probabilidade; constatação de uma verdade, de conhecimento que, pelo grau de clareza, não suscita nenhuma dúvida, segundo o racionalismo cartesiano (MICHAELIS, 2018). Sob esse ponto de vista, o direito evidente representa situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, a “probabilidade do direito” exigido para a concessão da outra espécie de tutela provisória. Nesse contexto, na concessão da tutela da evidência, o juiz ainda estará aquém do quadro de certeza obtido naturalmente apenas após o exaurimento da fase cognitiva, quando ocorrerá o julgamento final da pretensão deduzida em juízo, exatamente em virtude do fato de que a produção de provas ainda não estará encerrada. Assim, a concessão de uma tutela jurisdicional orbita ao redor do grau de “probabilidade ou certeza” do direito, conforme demonstrado nos autos. Essa é a diretriz do instituto da tutela provisória (FUX, 1996, p. 305-306).

Existe, segundo as diretrizes do CPC, uma relação direta entre tal grau e a espécie de tutela jurisdicional a ser concedida. Há, assim, uma gradação natural estabelecida pelo legislador de 2015: a) para a concessão da *tutela de urgência*, é necessária a demonstração de “probabilidade de direito” da parte a ser beneficiada; b) para a concessão da *tutela da evidência*, é exigida a demonstração de “evidência” do direito, ou seja, de um quadro de “alta probabilidade” do acolhimento da pretensão

da parte postulante, enquadrável numa das hipóteses relacionadas nos incisos do art. 311 do CPC; e c) para proferir uma sentença, como pronunciamento do juiz que encerra a fase cognitiva (art. 203, § 1º, do CPC), é pressuposto ter a “certeza” (dentro dos limites relativos de uma “certeza processual”) somente alcançável quando desnecessária a produção de provas, como no julgamento antecipado do mérito (art. 255 do CPC), ou após tal fase probatória ser concluída.

Por conseguinte, a tutela de evidência baseia-se na premissa de que a parte que demonstra, de maneira evidente, ser titular de um direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico não deve suportar o ônus decorrente do tempo para obter a tutela jurisdicional. Nesse caso, justifica-se a inversão do encargo decorrente do tempo necessário para o processo e, pois, a entrega provisória do bem da vida pretendido por aquele que demonstra o direito evidente (YARSHELL; ABDO, 2016, p. 455). Há, assim, uma distribuição mais equânime do ônus da passagem do tempo durante a tramitação do processo, com a entrega da tutela jurisdicional de forma interina (ou seja, ao menos temporariamente) à parte postulante que conseguiu demonstrar nos autos um quadro de alta probabilidade de acolhimento de sua pretensão.

Por sua vez, a tutela de evidência contida no art. 311 do CPC tem a ver com a forma evidente como é apresentado o direito de uma das partes, possibilitando uma tutela provisória, sem necessidade de urgência, por meio de uma cognição sumária do juiz. Em alguns casos, o direito da parte mostra-se com grande probabilidade, por estar demonstrado de maneira evidente, razão pela qual a lacuna de cognição do juiz é menor, legitimando uma tutela provisória. A cognição do julgador, ao deferir a tutela de evidência, é sumária, mas

com uma probabilidade alta de ser confirmada ao final. Além disso, sendo evidente o direito da parte, não seria razoável esperar o desenrolar natural do procedimento, porque, após a cognição exauriente do magistrado, dificilmente a decisão final não confirmará a tutela.

Entretanto, é corolário do princípio da isonomia que casos diferentes devem ser tratados de maneira diferente. Com base nessa premissa, se a parte apresenta seu direito de maneira evidente, deve ter um tratamento diferente da parte que apresenta um direito com necessidade de maior dilação probatória. No caso, diante das provas apresentadas e da situação jurídica, é gerada uma cognição – que, mesmo sumária, deve ser mais aprofundada – que acaba por gerar uma “quase certeza”, no mais das vezes, apenas não se poderá falar em convicção de certeza por exigências procedimentais (MACÊDO, 2015a). Desse modo, não é razoável que a parte que se encontra nessas condições sofra o ônus do tempo do processo.

Segundo Greco (2011, p. 370):

a tutela de evidência é uma espécie de tutela provisória que objetiva o acolhimento no todo ou em parte, do pedido principal do autor da ação, é uma antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, independente da presença de urgência, quando a existência do direito se mostra *prima facie* indiscutível, de acordo com as hipóteses previstas no art. 311 do CPC/2015.

Portanto, tutela de evidência é uma técnica de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional a partir de um juízo de cognição sumária do juiz em razão da grande probabilidade do direito alegado pelo autor.

Carnelutti (2002), em sua obra *Como se faz um processo*, afirma que para estar certo de um fato que não se viu é necessário ver outros fatos dos quais, de acordo com a experiência, se pode dizer se o fato desconhecido aconteceu ou não. O juízo de existência exige, antes de tudo, que o juiz realize uma atividade perceptiva, uma vez que os fatos que o profissional olha ou escuta são chamados de “provas”, que são, por sua vez, fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou inexistência de um fato passado (CARNELUTTI, 2002, p. 77). Desse modo, observa-se que as situações postas em juízo necessitam de provas diferentes umas das outras. Por exemplo, há casos em que, para a comprovação do direito alegado pelo autor, a simples prova documental é suficiente para demonstrar seu direito com grande probabilidade, ao passo que em outros é necessária uma dilação probatória maior.

Na tutela de evidência do art. 311 do CPC, é respeitado o devido processo legal e o contraditório é mantido, mas a parte que possui um

direito evidente já pode usufruir o bem almejado, pois o risco de reversão da tutela, ao menos em teoria, é pequeno. Nesse sentido, quem suporta o ônus do tempo do processo é a parte contrária; existe, portanto, uma redistribuição do ônus do tempo.

Observamos que a tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o devido processo legal, confirma-o por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz. Dessa forma, a tutela jurisdicional deve ser adequada à situação jurídico-material e, assim como a execução é devida diante do título executivo, a tutela provisória e rápida é devida diante da evidência do direito (FUX, 1996, p. 319).

Todavia, diferentemente do que ocorre com as tutelas de urgência, o legislador optou acertadamente por fixar as hipóteses em que o direito da parte se mostra evidente. Logo, o direito evidente não é uma norma aberta em que o juiz analisa cada caso para verificar a evidência do direito. Sobre o assunto, o art. 311 do CPC caracterizou a tutela de evidência como independente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo nos casos elencados nos seus incisos.

Salientamos que, apesar do debate em torno da tutela de evidência ter ganhado força com o CPC, ela não é instituto novo, pois o inciso I do art. 311 do CPC, que possibilita sua aplicação no caso de ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, já era previsto no inciso II do art. 273 do CPC/1973, por meio da redação dada pela Lei nº 8.952/1994 (BRASIL, 1994).

Ocorre que no CPC/1973 a técnica da tutela de evidência não era tratada de maneira coesa, nem tinha esse nome. Contudo, diversos dispositivos esparsos traduzem esse tipo de tutela, como o art. 273, inciso II; a liminar em ação de depósito; a liminar em ações possessórias, entre outras (RIBEIRO, 2015, p. 187). Por sua vez, o CPC adota o termo *tutela de evidência*, já encampado por parte da doutrina, e amplia as hipóteses de possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional nos incisos do art. 311.

Não podemos olvidar que, além do art. 311 do CPC, existem hipóteses consideradas pela doutrina como tutela de evidência. É o caso das liminares nas “ações possessórias de força nova”, por meio das quais se defere uma medida satisfativa, em caráter provisório, independentemente da existência de *periculum in mora*. Ademais, na legislação também podem ser encontrados casos de concessão da tutela de evidência, como se dá na fixação de aluguel provisório nas “ações revisionais de aluguel” (art. 68, II, da Lei nº 8.245/1991) (BRASIL, 1991; CÂMARA; PEDRON; TOLENTINO, 2016). Porém, salientamos que

o presente estudo tem como enfoque a tutela de evidência prevista no art. 311 do CPC/2015.

Ressalte-se que a tutela de evidência se afasta conceitualmente da tutela de urgência ao dispensar o *periculum in mora*, exigindo em contrapartida uma demonstração mais incisiva da probabilidade do direito alegado. Parte-se da premissa de que o tempo necessário ao desenvolvimento da relação processual traz, em si, um ônus que não deve ser assumido necessariamente pela parte autora, mas por aquele a quem for oposta uma pretensão dotada de grande probabilidade de êxito. Assim, redistribui-se o ônus do tempo do processo e, com isso, evita-se que o bem jurídico permaneça nas mãos de alguém cuja argumentação está, provavelmente, fadada ao insucesso (SILVA NETO, 2016).

Dessa forma, a verossimilhança exigida como requisito para a tutela de evidência é maior do que para a tutela antecipada, o que justifica a ausência da necessidade do requisito da urgência. E, por limitar o contraditório, sem necessidade de comprovação da urgência, é imposta a conclusão de que é taxativa a enumeração dos casos de tutela de evidência contidos no art. 311 do CPC.

3 A tutela de evidência e a celeridade

Proporcionar maior celeridade do processo foi uma das justificativas para a elaboração de um novo CPC; e uma das alterações apontadas na Exposição de Motivos do seu anteprojeto como instrumento para proporcionar essa celeridade é a tutela de evidência. Entretanto, no primeiro ano de vigência do CPC, ela acarretou maior celeridade da tutela jurisdicional se confrontada com os dados oficiais?

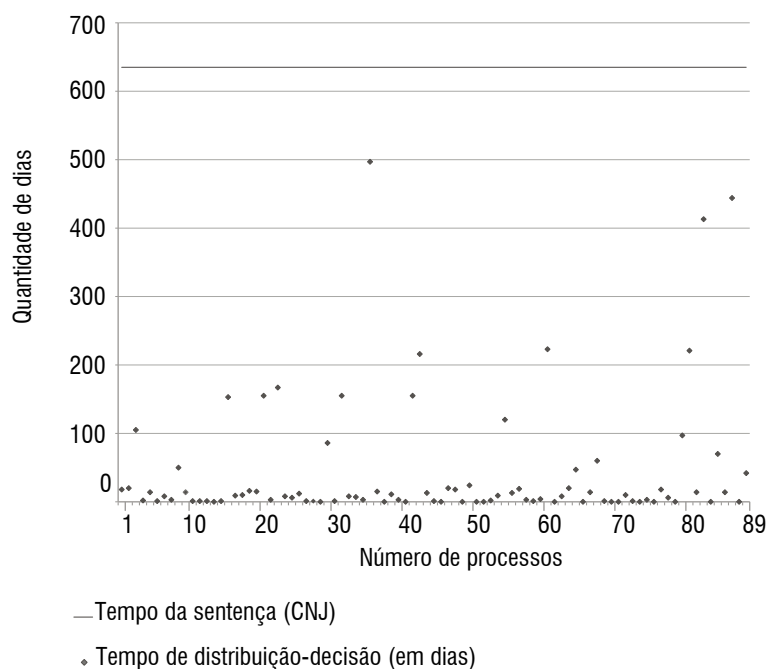
Observa-se que, de fato, a tutela de evidência tem proporcionado maior celeridade. Foi analisada quantitativamente uma amostra de 89 processos cíveis, relativa à tutela de evidência, extraída do TJSP em processos que tiveram sentença entre os dias 18/4/2016 e 30/11/2016.

Para se computar a média e mediana do tempo, foram verificados o período entre o dia do pedido de tutela de evidência e o dia da decisão judicial sobre o pedido de tutela de evidência. O resultado da média de tempo entre o pedido de tutela de evidência e a decisão do juiz foi de 47,3 dias, e a mediana de apenas dez dias, representando uma grande diferença se comparada com o tempo para se proferir a sentença do juiz após a cognição exauriente. Registre-se que, em algumas decisões, o juiz determinou a emenda da inicial para só então se pronunciar sobre a tutela de evidência. Em outros casos, o juiz deixou para se pronunciar após o pronunciamento da parte contrária.

O eixo vertical do gráfico a seguir representa o número de dias e o eixo horizontal representa o número de processos analisados; a linha escura representa a média de tramitação de um ano e nove meses para uma sentença, conforme dados obtidos pelo CNJ no ano-base 2015, no TJSP (BRASIL, 2016); os pontos representam os 89 processos analisados, o que demonstra que a decisão do juiz tomada em sede de tutela de evidência é bem mais célere do que a média das decisões em cognição exauriente.

Gráfico

A tutela de evidência e a celeridade



Fonte: elaborado pelos autores.

Para alcançar a média acima, foram computados processos sentenciados sem julgamento do mérito, que não proporcionam a tutela jurisdicional propriamente dita, pois não solucionam os conflitos. Além disso, esses processos tendem a ser decididos de maneira mais rápida, como no caso do indeferimento da petição inicial, que não necessita da citação da parte contrária. Com relação ao percentual de deferimento, foram deferidos 54% dos pedidos envolvendo tutela de evidência.

Portanto, de forma geral, é razoável afirmar que a tutela de evidência proporciona uma decisão célere, se comparada à espera por uma decisão de cognição exauriente.

4 Procedimento da tutela de evidência

O CPC não traz o procedimento da tutela de evidência, sendo uma tendência do novo Código estabelecer procedimentos mais flexíveis. Essa renúncia a tradicionais postulados do direito processual está, contudo, longe da ilegitimidade, dada sua destinação a propiciar uma justiça mais ágil, rápida e, para tanto, descompromissada dos preceitos que envolvem os dogmas do processo civil. Assim, não se trata de assegurar a segurança jurídico-processual dos litigantes, mas de dimensionar adequadamente sua aplicação e compatibilizá-las com o objetivo maior, que é o de oferecer, em tempo razoável, a tutela jurisdicional plena e efetiva (DINAMARCO, 2003, p. 18-19).

A necessidade de caução, prevista no § 1º do art. 300, está relacionada ao caráter de provisoriedade da tutela provisória em geral, ou seja, com a ideia de reversão da medida – o que também é característica da tutela de evidência, uma vez que plasmada em cognição sumária e não exauriente. Por tal razão, a regra da caução não deve ficar circunscrita à tutela de urgência; ao contrário, deve ser aplicada também às hipóteses de tutela de evidência (RIBEIRO, 2015, p. 194). Entretanto, destaque-se que em nenhum dos processos analisados o juiz exigiu caução para deferimento da tutela de evidência – uma ferramenta que poderia ser mais utilizada para minimizar os riscos de impossibilidade de reparação em caso da reversão da tutela de evidência.

Ademais, outros dispositivos gerais do Título II do CPC são incompatíveis com a tutela de evidência. Por exemplo, o § 2º do art. 300 contempla a possibilidade de justificação prévia à concessão da medida e, como regra, não se aplica à tutela de evidência, uma vez que a prova que se exige para essa tutela é documental, de forma que a justificação prévia, ligada à prova oral, não terá o condão de auxiliar o cumprimento dos requisitos para sua concessão (RIBEIRO, 2015, p. 194).

O CPC também não dispõe sobre quem tem legitimidade para requerer a tutela de evidência – via de regra, será o autor; contudo, apesar de não ser comum, é possível que o réu requeira a tutela. Inclusive, o art. 311, II, do CPC, ao dispor sobre o manifesto propósito protelatório como uma das hipóteses de tutela de evidência, não utiliza o termo “réu”, mas sim “parte”.

Portanto, o réu tem legitimidade para requerer a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, que lhe será outorgada no caso de improcedência do pedido. Por exemplo, numa ação de cobrança, o juiz pode acolher o requerimento do réu, no sentido de proibir a inscrição de seu nome em cadastro de devedores. E, para isso, não precisa reconvir, uma vez que a antecipação requerida é efeito da sentença de improcedência.

Ademais, a necessidade da medida pode surgir após o momento próprio para o oferecimento da reconvenção (TESHEINER; THAMAY, 2016).

5 Possibilidade de concessão liminar de tutela da evidência

O termo “liminar”, apesar de ser mais frequentemente utilizado como substantivo, é na realidade adjetivo, um qualificativo oriundo do latim “limine”, que significa “soleira, abertura, fronteira”. É um atributo das medidas concedidas pelo juízo sob duas condições: a) *initio litis*, ou seja, logo no início da lide, na abertura do processo judicial; b) *in audita altera parte*, isto é, sem ouvir a parte adversa.

Como regra, a concessão da tutela de evidência depende do cotejo entre as posições jurídicas do autor e do réu no processo: é dessa comparação que advirá a noção de evidência, pois a base da tutela da evidência está ligada ao oferecimento de defesa inconsistente, que, normalmente, pressupõe o seu exercício. Entretanto, em algumas situações, o legislador, desde logo, presume que a defesa será inconsistente (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 323).

Nesse caso, o parágrafo único do art. 311 do CPC dispõe que, nos casos dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. Conclui-se que, nas hipóteses dos incisos I e IV, o juiz não pode decidir liminarmente, devendo, necessariamente, avaliar a defesa apresentada pelo réu, pois não é dado ao juiz “intuir” qual será a qualidade da defesa apresentada pelo réu (RIBEIRO, 2015).

Assim, fica claro que a opção do legislador foi a de permitir a decisão liminar nos incisos II e III do art. 311. Essa permissão, inclusive, é reforçada no art. 9º, que dispõe que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, excepcionando, no parágrafo único, a tutela provisória de urgência, as hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III e a decisão prevista no art. 701.

De acordo com Costa (2009), tudo indica que a liminar se realiza inicialmente, ou seja, no começo. No âmbito do processo civil, trata-se da tutela jurisdicional concedida no princípio, junto ao despacho inicial ou após a ouvida da parte contrária; ela não há de ser necessariamente concedida *inaudita altera parte*, sendo qualquer provimento antes da sentença (COSTA, 2009, p. 23). O jurista esclarece que não lhe interessa o sentido das palavras nos textos, mas sim o sentido que elas assumem na prática de seus usuários (operadores do Direito) em razão do enfoque pragmático do seu trabalho.

Todavia, no parágrafo único do art. 311, a conclusão a que se chega é que a palavra “liminarmente” foi empregada no sentido de possibilidade de o juiz decidir sem ouvir a parte contrária. Inclusive, se aplicarmos o sentido mais amplo, via de regra, não faria sentido a ressalva, pois não haveria distinção entre os incisos do art. 311.

Por sua vez, a justificativa para a possibilidade da concessão da tutela de evidência liminarmente está atrelada a situações excepcionais que exigem pronta resposta do juiz. No caso da tutela de evidência, independentemente da existência ou não do efetivo perigo da demora, são duas situações previstas no art. 311 do CPC contempladas com tal vantagem: a primeira autoriza o imediato julgamento quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e em que haja tese firmada em julgamentos de casos repetitivos ou enunciado de súmula vinculante (art. 311, II); em contrapartida, a segunda trata da questão do pedido reipersecutório fundado em prova adequada de contrato de depósito (art. 311, III). Não há, porém, nas hipóteses assinaladas, a necessidade do pronunciamento prévio da parte contrária; afinal, a evidência do “bom direito” impõe que o provimento judicial seja rápido (CARNEIRO, 2015, p. 31).

Por uma questão de ordem lógica, as hipóteses contidas nos incisos I e IV do art. 311 não podem ser concedidas liminarmente, pois, na primeira hipótese, é necessário caracterizar o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte e, na segunda, a petição inicial deve ser instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A professora Zanferdini (2011), ao abordar as tutelas de urgências, faz algumas críticas à concessão de liminar (*inaudita altera parte*).

Afirma que seria uma busca exagerada pela celeridade em detrimento do devido processo legal:

o respeito ao devido processo legal implica, dentre outras garantias, oportunidade de efetiva participação no processo em que se tomarão decisões que podem afetar vida, liberdade e patrimônio das partes envolvidas. É preciso, então, partir da premissa que assegura o contraditório, preferencialmente prévio, significa propiciar, antes de decidir, que a pessoa a ser afetada pela decisão possa participar do debate e influenciar na decisão que lhe concerne, bem como no direito de receber uma explicação fundamentada das razões que embasam a decisão que lhe afeta. Com isso, trata-se de propiciar a participação no diálogo que resultará em decisão fundamentada que deve ser expressa de tal modo a explicar às partes sua correção e justiça. Garante-se, com isso, a equidade e a imparcialidade (ZANFERDINI, 2011, p. 242-243).

Sob essa perspectiva, no caso das tutelas de urgência, a concessão da liminar é de grande importância para proporcionar a efetividade. Um exemplo clássico da praxe forense seria o caso de uma tutela antecipada para a realização de um tratamento médico indispensável para integridade física do autor. Nesse caso, se for necessário aguardar a resposta do demandado, a medida pode não mais servir e, por vezes, o demandante não pode esperar sequer um dia para realização do tratamento. Logo, é razoável a concessão de liminar em alguns casos de tutelas de urgência, sob pena de tornar a medida inócua.

Por outro lado, caso não haja tanta urgência, é prudente que o juiz aguarde a manifestação do demandado para então se posicionar sobre o deferimento ou não da medida de urgência. Ocorre que, no caso da tutela de evidência, a urgência não é requisito de sua con-

cessão. Desse modo, apesar da precisão expressa do parágrafo único do art. 311, não havendo urgência, é também prudente o juiz ouvir a parte contrária antes de deferir a medida, mesmo que seja nas hipóteses dos incisos II e III.

Assim, nada justifica a concessão liminar de tutela baseada puramente em evidência, vulnerando o direito fundamental ao contraditório, na contramão de sua crescente valorização democrática, e a própria estruturação procedimental exigida pelo CPC, sem que qualquer outro valor constitucionalmente consagrado exija solução diversa. A culpa da morosidade não está no prazo para a defesa do réu e a sua supressão, à luz de uma falsa eficiência, não resolverá o problema de forma alguma; pelo contrário, é criado outro, uma vez que se tem a permissão para tolher direitos fundamentais – permissão que pode vir a ser generalizada. Portanto, não há ganhos reais com a medida (MACÊDO, 2015b).

6 Provisoriamente e revogação da tutela de evidência

Uma vez deferida a tutela de evidência, o processo desenvolve-se normalmente e, nesse período de tramitação, o demandado sofre as limitações impostas pela tutela provisória. Uma vez confirmada a tutela de evidência, o direito que era evidente passa a ser certo; o problema ocorre quando a tutela de evidência não se confirma quando aprofundada a cognição (MAZZEI; MARQUES, 2016, p. 288).

A tutela de evidência, como se mencionou, é espécie do gênero “tutela provisória”, proferida em cognição sumária do juiz. Assim, para manter coerência com o sistema, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, conforme o art. 296 do CPC. Tal revogabilidade, por sua vez, pode resultar de novos fatos, novas provas ou do simples reexame pelo juiz dos fatos e circunstâncias apreciados por ocasião da concessão – não esquecendo que tanto a concessão quanto a denegação são o resultado precário de uma cognição incompleta que, por isso mesmo, devem estar sujeitas à revisão das suas conclusões (GRECO, 2014).

Se a cognição do juiz for incompleta, quando ele vier a formar uma convicção mais segura a respeito dos fatos e de seu correto enquadramento jurídico, ele tem o poder de revogar a medida antes concedida com base na mera probabilidade (DINAMARCO, 2003, p. 66). Além disso, em razão da verossimilhança qualificada que justifica a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional sem o requisito da urgência, a revogação da tutela de evidência deve ser uma exceção. Dessa forma,

dos processos analisados, apenas quatro tiveram a tutela provisória e foram posteriormente reformados na sentença. Contudo, observou-se que em todos esses processos o instituto foi utilizado sem a melhor técnica.

Utilizando o critério randômico entre os casos coletados em que houve revogação da tutela de evidência, analisamos o caso 17 (Processo 1056939-18.2016.8.26.0100) (SÃO PAULO, 2016). Esse caso apresenta uma ação ajuizada por um condômino em face do condomínio em que reside. O autor requereu a tutela de evidência; contudo, não relacionou o caso com um dos incisos do art. 311: apenas requereu, de maneira genérica, a aplicação do art. 311 com base nos incisos II, III e IV. O juiz deferiu o pedido com base no art. 311, inciso II – sem, contudo, haver precedente obrigatório para o caso. Apenas citou um julgamento de apelação cível, precedente persuasivo, razão pela qual o direito do autor não era evidente, o que potencializava a chance de reforma da decisão do juiz. O juiz citou precedente do E. STJ (AREsp. nº 764.216, Rel. Min. Raul Araújo) (BRASIL, 2015b) e, mais adiante, justificou a mudança de entendimento, fazendo uma distinção do caso com o precedente utilizado para justificar o deferimento da tutela de evidência. Após a fundamentação, o juiz julgou improcedente a demanda e cassou a tutela de evidência.

Com base nesse caso, é razoável afirmar que a utilização indevida da tutela de evidência gerou uma falsa aparência do direito do autor. Assim, a utilização de qualquer precedente para justificar o deferimento da tutela de evidência fulmina as premissas do instituto. Quanto às hipóteses estabelecidas taxativamente para a concessão da tutela de evidência, essas devem ser observadas pelas partes e pelo juiz, pois geram uma reversibilidade mínima, legitimando o instituto.

7 Fungibilidade da tutela de evidência

Para Greco (2014), é garantida a fungibilidade entre as tutelas provisórias. O autor ainda argumenta que a fungibilidade *ex officio*, seja no momento da concessão, seja em sua ulterior substituição, visa equilibrar os interesses em jogo, resguardando ao mesmo tempo e com o maior alcance possível o interesse do requerente à tutela pretendida com o interesse do requerido, do qual não deve ser exigido sacrifício maior do que o necessário.

O art. 305, parágrafo único, do CPC, possibilita expressamente a fungibilidade entre as tutelas provisórias de urgência requeridas em caráter antecedente – ou seja, fungibilidade entre a tutela cautelar an-

tecedente à tutela antecipada antecedente. Entretanto, não se pode olvidar que os requisitos das tutelas citadas são comuns: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e estão concentrados no mesmo dispositivo (art. 300 do CPC).

Porém, o art. 311 do CPC contém apenas quatro hipóteses de tutela de evidência. Assim, tentou-se evitar a disciplina do instituto com base em termos abertos, como no caso da tutela de urgência. Logo, é necessário demonstrar o enquadramento em uma das hipóteses legais contidas nos incisos do art. 311 e, diante dessa diferença de esforço argumentativo, entre as duas categorias de tutela provisória, não deve o juiz receber o pedido de tutela de urgência como se fosse de evidência, salvo se a petição lhe trouxer considerações sobre a presença dos requisitos do art. 311 do CPC (SILVA NETO, 2016).

Desse modo, é de difícil compreensão a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência e de evidência, pois os requisitos da primeira são a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo; em contrapartida, os requisitos da segunda são taxativos. A parte deve, pois, relacionar o caso a um dos incisos do art. 311 do CPC, o que exige um esforço argumentativo muito diferente.

Contudo, surpreende o número de situações em que ocorreu a aplicação da fungibilidade. Dos 89 casos analisados, em 22 foi aplicada a fungibilidade: em 13 deles, a fungibilidade de evidência para urgência; em sete casos, a aplicação da fungibilidade da urgência para evidência; e, em dois, a fungibilidade entre os incisos do art. 311 do CPC.

8 Tutela de evidência quando caracterizado abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte

O legislador caracterizou a evidência do direito postulado em juízo capaz de justificar a prestação de “tutela provisória” com base nas quatro situações arroladas no art. 311. Nesses casos, a tutela pode ser antecipada, uma vez que a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou, provavelmente, o será (MITIDIERO, 2015a, p. 748). Por sua vez, a tutela de evidência, via de regra, tem a ver com provas. Ou seja, as hipóteses previstas nos incisos do art. 311 do CPC exigem prova documental como requisito para concessão da tutela de evidência, com exceção do inciso I do art. 311 – neste é estabelecido que a tutela de evidência será concedida quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.

Geralmente, o autor procura a tutela jurisdicional com o objetivo de modificar uma situação fática, ao passo que o réu deseja mantê-la. Se o autor tiver razão, a demora lamentavelmente acabará beneficiando o réu. Por exemplo, numa ação reipersecutória, a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu: quanto maior for a demora, maior será o dano imposto ao autor e, por consequência, maior o benefício conferido ao réu (MARINONI, 2002, p. 17).

A perpetuação da lide beneficia os que não têm interesse no cumprimento das normas, ou seja, aqueles que, em última análise, não têm razão. Se é certo que, em muitos casos, o réu tem interesse em provar que o autor não tem razão no que alega, também é claro que, em outras tantas, o interesse do réu reside em simplesmente gozar do *status quo* o máximo de tempo possível (RIBEIRO, 2015, p. 66). Dessa forma, muitas vezes a parte que não tem razão utiliza-se das garantias do processo, como o contraditório e a ampla defesa, para instaurar, por exemplo, incidentes processuais e interpor recursos meramente protelatórios, utilizando de maneira desleal os mecanismos processuais.

Por isso, o melhor meio de evitar o uso indevido dos mecanismos processuais é preveni-los, por meio de uma atenta gestão do processo desde o seu início, com a adequada identificação das questões que merecem a solução e o zelo pelo rápido desfecho do feito. Ocorre que tais medidas preventivas não são suficientes; portanto, não se pode deixar que atos processuais desleais das partes determinem o resultado do processo. A passividade judicial, diante do uso ilegítimo dos mecanismos processuais pelas partes, seria um fator de descrédito das instituições, convertendo a jurisdição no resultado de um embate antiético entre sujeitos muitas vezes desiguais (BODART, 2015, p. 114).

Ademais, os requisitos expressos da tutela de evidência contida no art. 311, I, são o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, os quais são conceitos jurídicos indeterminados, não comportando confinamentos estanques, com o objetivo de comportar o maior número possível de situações (YARSHELL; ABDO, 2016, p. 460).

No abuso de direito de defesa, deve haver, na atitude do réu, um desvio de finalidade da peça de defesa, que passa a ser um instrumento ilegítimo de resistência à pretensão do autor, reforçando-a ao invés de refutá-la. Assim, a existência do direito afirmado pelo autor, diante do abuso de direito de defesa do réu, fica evidente (RIBEIRO, 2015, p. 187), pois a parte que tem esse comportamento, geralmente, não tem razão. Sob essa perspectiva, o abuso de direito de defesa não se limita à contestação, mas a qualquer outra manifestação defensiva, como incidentes processuais e interposição de recurso.

A despeito da literalidade do inciso I, não seria suficiente para a concessão da tutela provisória em questão apenas o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, mas também a probabilidade do direito da parte. Nesse sentido, vejam-se os comentários ao CPC organizados pelos professores Streck, Nunes e Cunha (2016, p. 707, grifos do autor):

“Todavia, é preciso ter cuidado: aqui, o legislador disse menos do que queria. Para que haja evidência, não basta o “abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”; é preciso que esse pressuposto seja *reforçado* pela “plausibilidade do direito”. Afinal, o réu com razão bem pode litigar de má-fé. Sem essa plausibilidade, não há como saltar-se do plano da mera *verossimilhança* para o da *quase certeza*. Ora, ainda que seja verossímil o direito afirmado em juízo pelo demandante, a configuração do

dolo processual do réu não deflagra, por si só, a presunção de certeza do direito. Enfim, não há nexos lógicos entre o dolo processual de uma parte e a quase certeza do direito afirmado pela outra. Em tese, é possível que a razão esteja com o demandado, mas que ainda assim ele exerça o direito de defesa de forma abusiva, ou com manifesto intuito protelatório. Daí ser necessário que o salto da verossimilhança para a quase certeza se realize por uma presunção relativa e se opere *ex vi legis*.

As legislações processuais modernas são plasmadas de normas que regem o dever de lealdade, de veracidade, de cooperação das partes com o juiz na tarefa de realização do direito por meio do processo. Não obstante, estabelecem também várias sanções que têm por escopo reprimir manobras insidiosas, visando atrasar a tutela jurisdicional (TUCCI, 1998, p. 123).

Contudo, não se trata de uma sanção a tutela de evidência prevista no art. 311 do CPC, no qual há dispositivos que servem para punir, como os arts. 77 e 80. Trata-se, sim, de uma tutela diferenciada adequada para a parte que possui um direito evidente, visto que quem se comporta com o objetivo de protelar ou abusar do direito de defesa geralmente não tem razão, evidenciado, assim, o direito da parte contrária.

Dessa forma, não se cuida de sanção, pois, do contrário, a medida não poderia ser revogada por eventual sentença de improcedência, uma vez que a tutela de evidência é uma espécie de tutela provisória que pode ser revogada, ou seja, nada impede que a razão esteja com quem litiga de má-fé. Ora, se fosse uma sanção, seria inadmissível que a sentença de improcedência anistiasse o litigante de má-fé. Por isso, se no curso do processo for imposta ao réu uma sanção punitiva ou reparatória, especificamente direcionada à prática de litigância de má-fé, a condenação permanecerá incólume com a sentença de improcedência (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016, p. 708).

Os resultados das pesquisas indicam um baixo índice de utilização do inciso I do art. 311 do CPC, que representa apenas quatro por cento do total de utilização da técnica de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pela evidência do direito. O percentual reduzido da aplicação prática do inciso I do art. 311 do CPC surpreende ainda mais pelo fato de o referido inciso não ser novidade, visto que o CPC/1973, com a alteração realizada pela Lei nº 8.952/1994, já previa a possibilidade de concessão de tutela antecipada com redação semelhante.

A antecipação de tutela, conforme o CPC/1973 poderia ocorrer em duas hipóteses: ou quando caracterizada a possibilidade de ocorrência de dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo necessária a célere intervenção jurisdicional com vistas a evitar a ocorrência ou a manutenção de situações lesivas ao direito de parte (antecipação fundada no *periculum in mora*); ou quando caracterizado nos autos o abuso

de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, sendo necessária a atuação jurisdicional com vistas a se fazer observar o princípio da lealdade processual (CÂMARA; PEDRON; TOLENTINO, 2016).

9 Tutela da evidência fundada em prova documental e precedentes obrigatórios

No inciso II do art. 311 do CPC é possibilitada a concessão da tutela de evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Logo, por fazer parte de um contexto, tal inciso deve ser estudado em conjunto com a teoria dos precedentes obrigatórios, razão pela qual serão analisados, ainda que superficialmente, os precedentes judiciais.

No dizer de Mitidiero (2015b, p. 333-349):

A criação de uma teoria dos precedentes obrigatórios se deu a partir de uma percepção de que a norma é o resultado da interpretação (em outras palavras, a tomada de consciência de que o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano, tendo em conta a sua dupla indeterminação) abrindo espaço para que se pensasse na decisão judicial, não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações, as razões adotadas na justificação das decisões servem como elementos capazes de reduzir a indeterminação do discurso jurídico, podendo servir como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos.

O reconhecimento do papel normativo da atividade jurisdicional por meio dos precedentes obrigatórios faz parte de uma transformação por que tem passado o processo civil, como o reconhecimento da força normativa da Constituição e o desenvolvimento da teoria dos princípios. A esse período de mudanças dá-se o nome *neoprocessualismo*.

A hermenêutica também passou a ter papel mais relevante, pois a lei pode ser afastada ou ponderada ao confrontá-la com os princípios. Assim, a obrigação do jurista não é mais a de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais (MARINONI, 2014, p. 45). Sob essa perspectiva, o Direito não é um processo acabado. Criado pela atividade legislativa, o estudo do Direito não deve ater-se apenas aos estudos das leis, mas também centrar-se na decisão judicial, pois ela não

é aplicação da lei pelo método de subsunção, mas uma atividade criativa do Judiciário.

O peso da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro variou no tempo. A Constituição de 1891, no § 2º do art. 59 (BRASIL, 1891), previa que, nos casos em que houvesse de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultaria a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa. Moreira (2007, p. 300), por sua vez, afirma que a jurisprudência não perdeu por completo o valor de guia para os julgamentos uma vez que, mesmo onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referências, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da justiça.

Logo, é inconcebível um sistema jurídico em que um precedente judicial seja desconsiderado para a fundamentação de uma decisão judicial. Mesmo onde não exista qualquer regra de direito positivo ao precedente, há de haver uma prática social de seguir precedentes ou ao menos de tomá-los como argumento poderoso (BUSTAMANTE, 2015, p. 275). Sobre o assunto, temos que uma teoria dos precedentes obrigatórios proporciona maior segurança jurídica e isonomia, pois impede que pessoas em situações semelhantes tenham decisões distintas, evitando que o jurisdicionado promova demanda temerária numa verdadeira aventura jurídica, pois quando existem decisões distintas para a mesma situação não se pode prever o resultado. É, portanto, difícil exigir um comportamento do cidadão quando o Judiciário decide de maneira antagônica.

Ademais, uma teoria dos precedentes pode agilizar os julgamentos das demandas, visto que reproduzir um entendimento é mais fácil que, a cada demanda, construir toda uma argumentação. Dessa forma, o ordenamento jurídico constitucional-processual brasileiro,

mediante reformas recentes, tem adotado mecanismos que privilegiam o uso da jurisprudência como técnica de agilização processual (CAMBI, 2011, p. 145).

No âmbito constitucional, foram criadas a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ampliando substancialmente as hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade das leis. Não obstante, atribui-se efeito formalmente vinculante, para a Administração Pública e a todos os órgãos do Poder Judiciário, para todas as decisões prolatadas nessas ações constitucionais ou nas já existentes Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI). De modo análogo, com a Emenda Constitucional nº 45 (BRASIL, 2004), foi criada a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual pode ter a sua observância controlada por meio de Reclamação Constitucional ajuizada perante o próprio STF. Por sua vez, no âmbito do processo civil ordinário, foi criada a denominada “súmula impeditiva de recurso” por meio do art. 518, § 1º, do CPC/1973 (BUSTAMANTE, 2015, p. 294). Esta, em sintonia com o debate jurídico atual, tem como um dos objetivos a criação de um sistema de precedentes judiciais, visando uma uniformização e estabilização da jurisprudência.

O CPC, que não chega a dispor exhaustivamente sobre uma teoria dos precedentes, apresenta os artigos 926, 927 e 928, que, embora não sejam a disciplina ideal, são suficientes, quando somados ao princípio da segurança jurídica, para a construção de um verdadeiro dever de seguir os precedentes judiciais (MACÊDO, 2015a, p. 472). Além de estipular como deveres dos tribunais manter a uniformidade da sua jurisprudência (art. 926) e relacionar os elementos que devem servir de parâmetro para o julgamento de novos casos (art. 927),

estabelecendo a necessária observação da *ratio decidendi* de julgamentos do passado quando da apreciação de casos fundamentalmente semelhantes, o legislador de 2015 criou uma ferramenta para controlar a vinculação dos juízes a tais precedentes por meio da Reclamação (art. 988), e previu em diversos institutos o uso de precedentes como forma de satisfação de seus pressupostos, como nos casos do julgamento liminar de improcedência (art. 332), remessa de ofício (art. 496, § 4º), atuação monocrática do relator em sede recursal (art. 932, incisos IV e V), e ainda na hipótese da tutela da evidência.

Há, assim, um *stare decisis brasiliensis*, um sistema peculiar de precedentes judiciais desenhado pelo legislador de 2015, cuja estrutura está sendo paulatinamente construída pelos operadores do direito processual brasileiro. E, no âmbito de tal sistema, encontra-se a regra do inciso II do art. 311 do atual CPC. Sob esse ponto de vista, quando a demanda versa sobre questão pacificada por precedente judicial obrigatório, há a facilitação de provimento concedendo a tutela de evidência. Assim, a fixação de determinada *ratio decidendi* por tribunal superior restringe as possibilidades argumentativas e, com isso, torna pouco provável o sucesso da parte que litigue em sentido contrário, ressalvada a possibilidade de se fazer uma distinção.

Por sua vez, a parte que litigue levantando *ratio decidendi* consagrada no STF ou nos tribunais superiores, diante da similitude dos fatos substanciais levantados, está em situação favorável à concessão da tutela de evidência. Igualmente, quando a defesa do réu se limita a reiterar argumentos já rechaçados no precedente obrigatório e nos casos posteriores, se trata de situação em que a evidência da tratativa jurídica faz importante a técnica da antecipação da tutela (MACÊDO, 2015b). Assim,

o inciso II do art. 311 tem por objetivo evitar a demora da tutela jurisdicional em favor da parte amparada em tese jurídica já consolidada pelos precedentes obrigatórios dos tribunais.

Apesar de ser importante ferramenta, o inciso II do art. 311 limita a utilização da tutela de evidência para as teses firmadas em julgamento de casos repetitivos e de súmula vinculante. Uma restrição manifestamente inadequada. Uma tese oriunda de um incidente de assunção de competência (IAC) (art. 947 do CPC) tem a mesma força vinculante de uma tese produzida no julgamento de um incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), mas apenas este último instrumento é enquadrável como espécie de julgamento de causas repetitivas, exatamente pelo fato de o IAC atuar em situações anteriores à propositura de múltiplas causas. Qual a justificativa de se ter excluído o IAC do alcance das letras do inciso II do art. 311? Difícil compreender, mas fácil reconhecer a inadequação de tal limitação.

Todavia, há outras formas de expressão institucional que podem reconhecer direitos e dar-lhes “quase certeza”, caso das hipóteses contidas no art. 927 do CPC: as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; os acórdãos em incidente de assunção de competência; os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016, p. 710).

Além disso, com o desenvolver da presente pesquisa, foi observado que o inciso II do art. 311 do CPC foi utilizado em 20% dos casos analisados, fugindo da rigidez da hipótese legal, uma vez que, na maioria das vezes, os precedentes utilizados não foram os obrigatórios. De acordo com o art. 311, inciso II, a

tutela de evidência será concedida se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Observa-se que não se trata de qualquer precedente, mas de precedentes obrigatórios de “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (BRASIL, 2015a).

10 Tutela de evidência em caso de pedido reipersecutório

A terceira hipótese de concessão da tutela de evidência está prevista no inciso III do art. 311, no caso de se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que o juiz decretará ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

O contrato de depósito está previsto no Código Civil (CC) (BRASIL, 2002), nos arts. 627 a 647, sendo o contrato em que recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame (art. 627). Nesse contrato, a carga obrigacional, como regra, posiciona-se onerando o depositário, que deve zelar pela coisa até sua devolução. Assim, é um contrato fundado na confiança conferida à pessoa do depositário (VENOSA, 2013, p. 263). Por sua vez, a tutela diferenciada para o caso de contrato de depósito não é novidade, visto que o CPC/1973 previa, nos arts. 901 a 906, um procedimento especial chamado de “ação de depósito”.

Por outro lado, na sistemática anterior, a petição inicial devia estar com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa. E o réu, por sua vez, no prazo de cinco dias, devia contestar a ação ou entregar a coisa, de-

positá-la ou seu equivalente em dinheiro, em juízo (art. 902). No pedido podia constar, ainda, a cominação da pena de prisão até um ano, além de o juiz decretar na forma do art. 904, parágrafo único, que estabelecia:

Art. 904. Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro.

Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel (BRASIL, 1973).

Quanto ao tema, as alterações no atual CPC são:

a) o legislador extinguiu o procedimento especial de depósito, antes previsto nos artigos 901-906, do CPC/1973; e em seu lugar, b) passou a admitir que a obrigação de restituir coisa decorrente de contrato de depósito fosse tutelada pelo procedimento comum, aplicando-se as regras de tutela específica das obrigações de entregar coisa do artigo 498 e seguintes do CPC (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 627).

Não é rara a instituição pelo legislador de hipóteses em que a presença de uma verossimilhança qualificada verificada pelos elementos probatórios é suficiente para a concessão de liminar. Nessas tutelas, existe uma *presunção* (relativa) da certeza do direito, técnica já conhecida. É o que ocorre, por exemplo, com a liminar de desocupação de imóvel em ação de despejo (Lei nº 8.245/1991, art. 59, § 1º); a liminar de busca e apreensão em alienação fiduciária (Decreto-lei nº 911/1969, art. 3º) (BRASIL, 1969); a liminar de manutenção ou reintegração de posse nova (CPC, art. 562); e a liminar dos embargos de terceiro (CPC, art. 678) (STRECK; NUNES; CUNHA, 2016, p. 711).

No caso do art. 311, II, a prova documental revela a evidência do direito, recaindo, exclusi-

vamente, sobre o contrato de depósito – o que, de certa forma, é desnecessariamente limitador, pois poderia abarcar os demais pedidos reipersecutórios, ainda que não fundamentado em depósito (YARSHELL; ABDO, 2016, p. 462). Uma vez demonstrada a existência de contrato de depósito, é decretada a ordem de entrega do objeto sob pena de cominação de multa. Contudo, as medidas de apoio ao cumprimento dessa ordem judicial devem ser ajustadas ao caso concreto; não se afasta, por exemplo, a hipótese de ordem de busca e apreensão do objeto, caso produza um resultado mais efetivo que a cominação de multa (SILVA NETO, 2016).

Torna-se fácil chegar à conclusão sobre a atipicidade dos meios para satisfação do direito do autor, quando analisamos o CPC de maneira sistemática. Desse modo, o § 1º do art. 536 dispõe que o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva; podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial e podendo tais medidas serem aplicadas no caso do art. 311, inciso II do CPC. Portanto, muito embora o dispositivo somente mencione a possibilidade de multa diária para o cumprimento da decisão judicial, nada impede que o juiz expeça mandado de busca e apreensão, por exemplo, para que haja efetivo cumprimento da tutela de evidência concedida liminarmente (SOUZA, 2014).

Quanto à hipótese contida no inciso III do art. 311, ela foi aplicada em apenas 6% dos processos analisados, percentual já esperado, uma vez que se trata de hipótese restrita ao contrato de depósito. Surpreende também que houve apenas um caso em que foi deferido o pedido de tutela de evidência da parte embasado no art. 311, III, do CPC – os demais não se enquadravam nos requisitos legais do dispositivo.

11 Tutela de evidência em caso de prova documental adequada pelo autor e ausência de prova razoável pelo réu

A última hipótese de tutela de evidência prevista do art. 311 do CPC autoriza sua concessão quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, à qual o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Mais uma vez, é importante registrar que essa previsão não é uma novidade tão grande no nosso ordenamento jurídico, pois, nos processos monitorios, a ausência de contestação é suficiente para transformar a cognição superficial, liminarmente recebida pelo julgador, em cognição definitiva e final, dispensando o magistrado de qualquer averiguação suplementar sobre a possível existência, ou não, de *periculum in*

mora, no caso concreto (SILVA, 2009, p. 26). Contudo, o CPC amplia a hipótese para o procedimento comum, possibilitando decisão provisória com base em cognição sumária.

Assim, apesar de guardar certa identidade de propósitos com o procedimento monitorio, existem diversas diferenças. Na monitoria, por exemplo, na petição inicial, sendo evidente o direito do autor, o juiz deve deferir de plano a expedição do mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, *inaudita altera parte* (art. 701 do CPC). Enquanto isso, a tutela de evidência só será concedida após a contestação, momento em que poderá se aferir se o réu opôs ou não prova capaz de gerar dúvida razoável (BODART, 2015, p. 137).

A concessão de tutela de evidência, quando a contestação não apresentar argumentação de fato e de direito séria, é uma medida que, quando bem utilizada, poderá levar à grande agilização da prestação jurisdicional e ao restabelecimento da seriedade e da lealdade no trato do processo (CASTELO, 1999, p. 65).

Com base nos dados analisados e obtidos, observamos que a hipótese contida no inciso IV do art. 311 foi a mais aplicada (em 36% dos casos). Isso, todavia, pode estar relacionado ao fato de ela ser uma norma mais aberta que as demais, uma vez que o juiz valora, no caso concreto, o que é uma “prova documental suficiente” e uma “prova que não é capaz de gerar dúvida razoável”.

Registre-se que, surpreendentemente, em 35% dos casos o pedido de tutela de evidência foi realizado de maneira genérica, sem especificação concreta em nenhum dos incisos.

Observou-se ainda, nos casos analisados, confusão entre a tutela de evidência com base no inciso IV do art. 311 e o julgamento parcial de mérito. A tutela de evidência é uma tutela provisória proferida com base em uma cognição sumária, com base na probabilidade do direito do autor, ao passo que o julgamento parcial do mérito é uma decisão com base em cognição exauriente, com fundamento no art. 356 do CPC.

Apesar das diferenças conceituais, as situações ensejadoras de ambos os institutos são de fato semelhantes. Pela literalidade da norma, a tutela de evidência não é um pedido ou parte dele que ficou incontroverso (arts. 355 e 356), mas de falta de prova consistente do réu diante de prova literal idônea. Presume-se, nesse caso, a inconsistência da defesa e a falta de argumentos verossímeis que possam refutar a comprovação documental feita pelo autor (RIBEIRO, 2015, p. 192) e ocorre que, na prática, as situações frequentemente se equivalem.

Oportuna a constatação de Didier Junior (2015, p. 629) sobre o tema:

A contraprova do réu, cuja ausência se pressupõe para a concessão de tutela de evidência, é a documental. Isso porque se o réu não dispuser de nenhum outro meio de prova suficiente, além da documental, então já será caso de julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, CPC).

Por isso, se pode dizer que, da aplicação da regra, só pode decorrer uma tutela definitiva por julgamento antecipado do mérito.

De um lado, porque se a contraprova documental do réu é insuficiente, mas ele requer a produção de outros meios de prova, não é autorizada a concessão de tutela provisória de evidência, que pressupõe que se trate de causa em que a prova de ambas as partes seja exclusivamente documental.

De outro, se a contraprova documental do réu é insuficiente, mas ele requer a produção de outros meios de prova, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito da causa (art. 355, I, CPC), com a concessão da tutela definitiva, mediante cognição exauriente.

Considerando que é uma situação muito próxima a que enseja, portanto, o julgamento antecipado do mérito, seja ele de caráter parcial ou integral (art. 355 e 356), e considerando que, nessa hipótese, não se admite a concessão liminar, numa primeira análise, parece que a utilidade do dispositivo é bastante restrita. Poderia, contudo, servir para retirar o efeito suspensivo de possível recurso de apelação (YARSHELL; ABDO, 2016, p. 462).

12 Conclusão

O principal objetivo da presente pesquisa foi a apreciação do uso da tutela de evidência pelas partes e pelos juízes, por meio de uma análise dos processos em meio eletrônico.

Com base nos resultados, obtiveram-se algumas conclusões, como o fato de que a tutela de evidência proporciona uma resposta consideravelmente mais rápida que a tutela jurisdicional mediante cognição exauriente, cumprindo, nos casos analisados, um dos objetivos que figuram na Exposição de Motivos do atual CPC, a celeridade.

Entretanto, existe uma grande variação da aplicação do conceito jurídico da tutela de evidência nos casos concretos, indo além da instrumentalidade do processo; e ainda observamos que as tutelas de evidência concedidas no dia a dia das atividades forenses não correspondem ao que os doutrinadores vêm construindo sobre o instituto.

Quanto à teoria, observou-se que as hipóteses previstas no art. 311 do CPC são taxativas. Por sua vez, em alguns casos a tutela de evidência foi utilizada na prática, mesmo quando não respaldada em um dos

incisos do art. 311 do CPC. Além disso, constatou-se que existe grande aplicação da fungibilidade entre a tutela de evidência para tutela de urgência, e vice-versa.

Apesar de o parágrafo único do art. 311 possibilitar ao juiz decidir liminarmente nas hipóteses dos incisos II e III, é prudente que ele aguarde a manifestação da parte contrária, quando ausente o requisito da urgência.

Enquanto na teoria a tutela de evidência em razão da verossimilhança qualificada gera uma quase certeza no juiz, justificando a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional sem o requisito da urgência e invertendo o ônus do tempo no processo, na prática 14% dos processos que tiveram deferida a tutela provisória em decisão interlocutória foram reformados na sentença pelo juiz.

Com isso, foi possível destacar que a utilização indevida da tutela de evidência gera uma falsa aparência do direito da parte. Ademais, os casos em que houve a reversão da tutela de evidência na sentença fugiram da melhor técnica, como a utilização de precedente persuasivo para justificar a concessão da tutela de evidência do art. 311, II, do CPC. Contudo, as hipóteses estabelecidas taxativamente para concessão da tutela de evidência no art. 311 do CPC, se observadas adequadamente, geram reversibilidade mínima.

No que se refere ao caso do art. 311, III, além de o juiz poder determinar a ordem de entrega do objeto sob pena de cominação de multa, outras medidas para satisfazer o direito do depositante poderão ser utilizadas no caso concreto. Quanto ao inciso II do mesmo artigo, ele foi utilizado em 20% dos casos analisados, fugindo, porém, da rigidez da hipótese legal: na maioria das vezes, os precedentes utilizados foram meramente persuasivos.

Por sua vez, as situações ensejadoras da tutela de evidência contidas no art. 311, IV, e do julgamento conforme o estado do processo, contidos nos arts. 355 e 356 do CPC, são semelhantes, em que a tutela de evidência serve – ao menos na teoria – para retirar o efeito suspensivo de possível recurso de apelação. Entretanto, observou-se que na prática os institutos não foram aplicados simultaneamente.

Desse modo, diante das inadequações observadas nos casos concretos, ao menos no primeiro ano de vigência da tutela de evidência contida no art. 311 do CPC, o “caos argumentativo” parece ter-se instalado. Por outro lado, como fato compensador, resta acreditar que se trata de uma adaptação do instituto por existir a possibilidade de, em análises posteriores, realizar a comparação dos dados obtidos e, eventualmente, haver uma melhoria da aplicação da tutela de evidência prevista no art. 311 do CPC.

Sobre os autores

Sergio Torres Teixeira é doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor de Teoria do Processo da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor de Teoria do Processo da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, Recife, PE, Brasil.

E-mail: sergiotteixeira@uol.com.br

Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves é doutora em Linguística pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; pós-doutora em Direito pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; professora da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil.

E-mail: virginia.colares@gmail.com

Danilo Gomes de Melo é mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; professor de Direito Processual Civil da Faculdade Integrada de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; advogado.

E-mail: advdanilomelo@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TEIXEIRA, Sergio Torres; ALVES, Virgínia Colares Soares Figueiredo; MELO, Danilo Gomes de. Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 195-222, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p195

(APA)

Teixeira, S. T., Alves, V. C. S. F., & Melo, D. G. de (2019). Tutela provisória da evidência e sua aplicabilidade prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 195-222. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p195

Referências

BODART, Bruno Vinicius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

_____. Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 out. 1969.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973. [Revogada].

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 out. 1991.

_____. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 dez. 1994.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts... *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 2004.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial n. 764.216/SP. Agravante: Maria de Lourdes Peres Cardoso Andrade. Agravado: Condomínio Edifício Ana Carolina. Relator: Min. Raul Araújo. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 ago. 2015b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=51551151&num_registro=201501991387&data=20150831>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números: ano-base 2015*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 275-297. (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 3).

CÂMARA, Alexandre Freitas; PEDRON, Flávio Quinaud; TOLENTINO, Fernando Lage. Tutelas provisórias no CPC 1973 e no CPC 2015: o quanto o novo tem de inovador?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 155-187, dez. 2016.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Breves comentários ao novo Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Campinas: Minelli, 2002.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 1999. (Na teoria geral do processo, v. 1).

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O "direito vivo" das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8886/1/Eduardo%20Jose%20da%20Fonseca%20Costa.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de processo civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1,

p. 296-330, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de processo civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPODIVM, 2015a. p. 459-490. (Coleção grandes temas do novo CPC, v. 3).

_____. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 521-550, abr. 2015b.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado e execução imediata da demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Novo Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. Tutela antecipada e a responsabilidade decorrente da sua reversão em sentença: notas básicas sobre o tema a partir do CPC de 2015. In: BUENO, Cassio Scarpinella et al. (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 274-295.

MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, c2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/evidencia/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Breves comentários ao novo Código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

_____. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 333-349, jul. 2015b.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Consulta de julgados de 1ª grau*. São Paulo: Secretaria de Tecnologia da Informação, [200-]. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjpp/>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Procedimento comum n. 1056939-18.2016.8.26.0100. Requerente: Fabio Zanzeri. Requerido: Condomínio Atua Hipódromo I. *Diário Eletrônico do Estado de São Paulo*, São Paulo, 8 maio 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=100&processo.codigo=2S000L8A20000>>. Acesso em: 3 set. 2018.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Tutela provisória no novo Código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 259, p. 139-158, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.06.PDF>. Acesso em: 30 ago. 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Do processo cautelar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC: da tutela de evidência e da tutela satisfativa última parte. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 151-188, set. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de processo civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016*. Coordenação de Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela da evidência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 179-214, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.12.PDF>. Acesso em: 30 ago. 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção direito civil, v. 3).

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDON, Helena. Questões não tão evidentes sobre a tutela de evidência. In: BUENNO, Cassio Scarpinella et al. (Coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 451-464.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência: em busca da harmonização dos valores segurança e celeridade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 192, p. 241-268, fev. 2011.

O direito à educação na Carta Cidadã

PAULO DE SENA MARTINS

Resumo: O direito à educação foi expressamente reconhecido pela Carta de 1988 como um dos direitos sociais e qualificado como direito de todos e dever do Estado e da família. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. A efetividade do direito é garantida por instrumentos como a cooperação federativa, as políticas públicas educacionais e o financiamento da educação. Ao mesmo tempo é ameaçada pela erosão do instrumento do financiamento a partir de desvinculações e do abuso da reserva do possível. A prioridade dada ao direito à educação pelo constituinte e pelas emendas subsequentes impõe que se consolide a proibição do retrocesso nessa matéria.

Palavras-chave: Direito à educação. Políticas públicas educacionais. Financiamento da educação. Cooperação federativa. Proibição do retrocesso.

Right to education in Brazilian citizen Constitution

Abstract: Brazilian Constitution establishes right to education as one of social rights, qualified as all citizens' right and State's and family's duty. Access to compulsory education is a subjective public right. Law's effectiveness is guaranteed by federative cooperation, educational public policies and education finance. On the other hand it is jeopardized by financing erosion due to tax revenue's disassociation and reserve of the possible doctrine misuse. Priority given to the right to education by the constituent and subsequent amendments requires the consolidation of prohibition of retrocession theory.

Keywords: Right to education. Educational public policies. Education finance. Federative cooperation. Prohibition of the retrocession.

Recebido em 9/5/18
Aprovado em 11/7/18

1 Introdução: gênese dos direitos sociais

As grandes revoluções políticas do século XVIII (a francesa e a norte-americana) reconheceram em suas declarações os direitos relacionados à liberdade em face do Estado, denominados direitos de primeira geração ou dimensão. Tratava-se de garantir a liberdade no sentido negativo, a abstenção do Estado.

As transformações econômicas ocorridas no século XIX evidenciaram uma segunda geração de direitos, relacionados à igualdade. Os governos que dirigiam os destinos dos Estados foram pressionados a reconhecer a necessidade de proteção social. Aos direitos fundamentais do homem, relacionados à liberdade individual, constantes das declarações das revoluções francesa e norte-americana, foi acrescida a dimensão dos direitos sociais, isto é, prestações positivas proporcionadas pelo Estado (SILVA, 2001). Contudo, segundo a concepção clássica, os direitos sociais vinculariam primeiramente o legislador, e não o administrador. Não poderiam “fundamentar pretensões imediatas do cidadão, ou seja, não podiam ser postulados judicialmente, porque apenas refletiam uma determinação de objetivos estatais” (MEDEIROS, 2001, p. 45).

Dáí ter Bonavides (2002, p. 518) acentuado que estes tivessem passado por um ciclo de baixa normatividade ou eficácia duvidosa, sendo remetidos à esfera programática, sem instrumentos processuais de concretização. Com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988a), o jurista José Afonso da Silva mostrou-se otimista com a incorporação pelo constitucionalismo moderno, inclusive no Brasil, do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, de forma que

os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma (SILVA, 2001, p. 467).

De fato, a facilidade não é a mesma, mas sofisticaram-se os argumentos, como o abuso da teoria da reserva do possível.

2 O direito à educação

2.1 Evolução histórica

Embora se tenha consolidado no século XX, com o surgimento do Estado Social, já no século anterior, e não necessariamente na Europa, ia-se forjando o conceito de direito à educação.

Monteiro (1998) menciona que a Constituição da República de Weimar¹ (1919) estabelecia que a educação das jovens gerações constituía o primeiro dever e direito natural dos pais e especula que a Constituição soviética de 1936 teria sido a primeira a reconhecer formalmente um direito à instrução e a Carta italiana de 1947 inaugurado o uso da expressão *direito à educação*². A ótica do educador português é eurocêntrica.

Em 1947, no Brasil já se havia reconhecido o direito à educação nas Constituições de 1934 e 1946 (BRASIL, 1934, 1946). E, segundo Silva (2001, p. 174), a Constituição Imperial, de 1824, foi “a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem,

¹ A República de Weimar substituiu o Império alemão após sua derrota na 1ª Guerra Mundial. Sua Constituição, aprovada em 1919, disseminou o modelo de Estado Social e inspirou a Constituição brasileira de 1934.

² Ainda assim, a expressão somente aparecia associada aos “inaptos e àqueles que sofrem de uma inferioridade” (MONTEIRO, 1998, p. 39).

dando-lhes concreção jurídica efetiva”. É verdade que a cidadania não incluía os escravos e as mulheres – mas é de se destacar que, embora não se mencionasse direito à instrução ou à educação, o dispositivo que assegurava “a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos” (art. 179, XXXII) estava contido no título 8º, “Das Disposições Gerais e Garantias dos *Direitos Civis e Políticos* dos Cidadãos Brasileiros” (IMPERIO DO BRAZIL, 1824, grifo nosso).

A Constituição do Peru, de 1823³, continha (no art. 182) em capítulo específico dedicado à educação pública, o direito à instrução.⁴ A Constituição de 1933 desse país estabelecia (no art. 52) o direito da criança à educação.

Reconheça-se, entretanto, que a afirmação e internacionalização de um direito do homem à educação “começou depois da Segunda Guerra Mundial, sobretudo com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem” (MONTEIRO, 1998, p. 40).

O direito à educação, que integra o constitucionalismo brasileiro desde 1934, recebeu novo conteúdo e instrumentos de sua efetividade na CRFB.

2.2 O direito à educação na CRFB

Ao discursar na sessão de promulgação da CRFB, Ulysses Guimarães disse: “Num país de trinta milhões, quatrocentos e um mil analfabetos – afrontosos vinte e cinco por cento da população –, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto” (BRASIL, 1988b, p. 14.380). Havia o receio de que o enfrentamento dessa situação fosse limitado a uma declaração de direito genérica e retórica. Para Dallari (1999, p. 60), “as disposições minuciosas podem ser justificadas pelo temor, baseado em precedentes da história brasileira, de que as normas genéricas nunca fossem regulamentadas pelo Congresso, permanecendo, assim, letra morta”.

Em 1986, Ferreira (1986) ilustrava esses precedentes, ao lembrar que desde 1934 todas as Constituições brasileiras (exceto a de 1937) afirmam enfaticamente que a educação é direito de todos. Entretanto, concluía:

Neste tocante, tal preceito, encarcerado num regime mais individualista de que social, consagra na verdade uma duvidosa, suspeita e ineficiente declaração de um direito social nunca cumprido.

³Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴Também a Constituição do Chile, de 1822, continha um capítulo específico referente à educação pública, embora não mencionasse o direito. Essa Constituição seria substituída no ano seguinte. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Os direitos sociais e econômicos, que são inúmeros, destacando-se, porém, o direito ao trabalho e à educação, continuam mera ilusão constitucional.

Há 50 anos que as nossas Constituições procuram proteger o direito à educação, com resultados precários (FERREIRA, 1986, p. 172).

O constituinte Florestan Fernandes entendia que “o cidadão, no Brasil, ou será formado pela escola pública de primeira qualidade ou não aparecerá nunca” (BRASIL, 1987, p. 164). Ao defender uma Constituição “molhada e salgada”, em contraposição à ideia de que a nova Carta deveria ser sintética, enxuta, argumentava: “Não podemos ficar naquelas formulações abstratas: ‘A educação é direito de todos e dever do Estado’, e depois fecharmos os olhos à realidade concreta” (BRASIL, 1987, p. 142).

A CRFB atendeu a essa orientação.

Foi “salgada” ao estabelecer o direito à educação como um dos direitos sociais (art. 6º), espécie a cuja garantia se destina o Estado Democrático, como valor supremo, nos termos do Preâmbulo da CRFB. Além disso, não só prescreveu que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205), mas também expressamente reconheceu que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo (art. 208, § 1º). E dispôs que o direito à educação, entre outros, deve ser assegurado pela família, pela sociedade e pelo Estado, com absoluta prioridade à criança e ao adolescente (art. 227) (BRASIL, 1988a).

Foi “molhada”, ao dispor em detalhes, no capítulo sobre a educação, acerca dos princípios à luz dos quais esse direito ganharia efetividade, das normas que configuram seu núcleo essencial, ao lado dos dispositivos que se referem a meios e procedimentos.

O direito público subjetivo à educação articula-se com fundamentos do Estado Democrático de Direito instituído em 1988: a cidadania e a dignidade da pessoa humana (LIMA, 2003). E sua concretização perpassa os objetivos fundamentais da República, tal como prescreve o art. 3º da CRFB, e induz a sua realização:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988a).

Para Sarlet (2007, p. 354), os arts. 205 a 208 são considerados “integrantes da essência do direito fundamental à educação”.

O art. 205 prevê que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família.

O art. 206 estabelece princípios: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender/ensinar; gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais; coexistência de instituições públicas e privadas; pluralismo de ideias e concepções pedagógicas; valorização dos profissionais (com planos de carreira, ingresso exclusivo por concurso público nas redes públicas e piso salarial profissional nacional); gestão democrática; e garantia de padrão de qualidade.

O art. 207 consagra a autonomia universitária, que “se caracteriza como típica garantia institucional fundamental” e constitui “norma plenamente eficaz e diretamente aplicável”, atuando como direito fundamental de natureza defensiva (SARLET, 2007, p. 355-356).

O art. 208 prevê as garantias, os mecanismos e diretrizes para que se cumpra o dever do Estado com a educação (educação básica obrigatória e gratuita; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento especializado às pessoas com deficiência; educação infantil em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos; acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular; programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde para toda a educação básica). E consagra o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, além de prever a responsabilidade da autoridade em caso de não oferecimento.

Para Sarlet (2007), os demais dispositivos constituem normas de cunho organizacional e procedimental:

a) liberdade à iniciativa privada mediante cumprimento das normas gerais (LDB) e autorização e avaliação pelo poder público (art. 209);

b) formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais (art. 210);

c) regime de colaboração entre as diferentes esferas federativas (art. 211);

d) vinculação de percentual da receita de impostos à manutenção e desenvolvimento do ensino (nunca menos de 18%, no caso da União e, no mínimo, 25% no caso dos entes subnacionais) e constitucionalização do salário-educação (art. 212);

e) destinação de recursos públicos às escolas públicas, como regra geral, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas de finalidade não lucrativa (art. 213);

f) Plano Nacional de Educação (PNE), com duração decenal e objetivo de articular o Sistema Nacional de Educação (SNE) em regime de colaboração (art. 214).

Esses conteúdos são reveladores da opção do constituinte por uma Constituição analítica para assegurar a efetividade do direito à educação. Por uma Constituição “molhada e salgada”. Essa orientação do constituinte originário persistiu nas emendas constitucionais – ao menos naquelas referentes à educação, que buscaram, a par de aprimoramentos técnicos, promover uma expansão qualificada da educação e ampliar direitos e mecanismos de sua garantia⁵.

Assim, a Emenda Constitucional (EC) nº 14/1996 (BRASIL, 1996a) instituiu o primeiro fundo contábil para financiar a educação: o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef). Além disso,

a) acrescentou a alínea “e” ao inciso VII do art. 34, erigindo, assim, a vinculação de recursos à educação ao patamar de princípio constitucional;

b) estabeleceu a função redistributiva e supletiva da União, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino, mediante assistência técnica e financeira;

c) previu que as contribuições ao Fundef se dessem de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente (dispositivo não atendido e cuja formulação foi abandonada quando da aprovação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb).

A EC nº 53/2006 (BRASIL, 2006b), além de instituir o Fundeb,

a) estendeu o alcance do fundo contábil para toda a educação básica e a regra de complementação da União equivalente a no mínimo dez por cento do valor dos fundos;

b) ampliou a obrigação do Município, com a cooperação técnica e financeira do Estado e da União, de oferecer não apenas o ensino pré-escolar, mas toda a educação infantil (art. 30, VI);

c) abriu a possibilidade de que as normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fossem definidas setorialmente por leis complementares;

d) inseriu, entre os princípios, o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal;

e) estendeu o alcance do salário-educação para toda a educação básica;

⁵ As Emendas Constitucionais aprovadas para apoiar políticas de ajuste fiscal reduziram ou suspenderam a vinculação de recursos à educação e promoveram a contenção de recursos, desde a aprovação do Fundo Social de Emergência (FSE) em 1994, até o advento da EC nº 95/2016 (BRASIL, 2016b), referente à limitação das despesas primárias.

f) estabeleceu que as cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação fossem distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.⁶

A EC nº 59/2009 (BRASIL, 2009):

a) dispôs sobre o fim gradual (até 2011) da incidência da Desvinculação de Receitas da União (DRU) na educação, ao revincular à manutenção e desenvolvimento do ensino os recursos capturados por aquele mecanismo;

b) estendeu a faixa da educação obrigatória para de quatro a dezessete anos, alargando o horizonte do direito público subjetivo;

c) estendeu o atendimento ao educando por meio de programas suplementares (material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde) para todas as etapas da educação básica;

d) qualificou o PNE como plano decenal e, portanto, plano de Estado e não de governo, além de ser caracterizado como instrumento de articulação dos sistemas de ensino;

e) previu o estabelecimento de percentual do PIB em investimentos na educação.

Em matéria educacional, o poder constituinte derivado respeitou e aprofundou os compromissos do poder constituinte originário.

2.3 O direito à educação de qualidade

O constituinte definiu a garantia de padrão de qualidade entre os princípios com base nos quais o ensino seria ministrado (art. 206, VII) – dispositivo que se repete na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) em vigor (art. 3º, IX, Lei nº 9.394/1996) (BRASIL, 1996b). Dessa for-

ma, o direito não compreende apenas o acesso e o ingresso na escola, mas também a qualidade (MEDEIROS, 2001; MALISKA, 2001; LIMA, 2003; MARTINS, 2014; XIMENES, 2014). Com base nesse princípio constitucional, o direito à qualidade da educação assume a característica de um direito protegido por um mandamento de otimização – o que alarga seu âmbito temático para incluir “bens, interesse, pretensões e posições jurídicas que legitimamente podem ser incluídas em seu conteúdo *a priori*” (XIMENES, 2014, p. 313).

A LDB dispõe que o dever do Estado para com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de, entre outros, padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como “a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem” (art. 4º, IX) (BRASIL, 1996b). Esse diploma prevê, ainda, padrão mínimo de oportunidades educacionais para o ensino fundamental (art. 74), baseado no cálculo do custo mínimo por aluno, capaz de assegurar ensino de qualidade. Finalmente, determina que as ações supletivas e redistributivas da União e dos Estados serão exercidas de modo a corrigir, progressivamente, as disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino (art. 75).

Barcellos (2009) lamentava que o tema da qualidade do serviço educacional prestado pelo poder público jamais tivesse sido examinado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), embora, nos casos envolvendo a valorização dos professores, estes sejam reconhecidos como fundamentais para a educação de qualidade.

No final dos anos 1980, Mello (1989, p. 52) preconizava uma “política agressiva de redistribuição de recursos”, baseada em medida de “necessidade educacional” que

⁶ Ver também Martins (2005, 2008).

denominava custo/aluno/qualidade – medida que multiplicada pela matrícula resultaria no montante de recursos necessários ao financiamento do ensino. Anos depois, por iniciativa da Campanha Nacional pelo Direito à Educação, chegou-se à matriz referencial do Custo Aluno-Qualidade inicial (CAQi), que parte do princípio de que a qualidade do processo ensino-aprendizagem está relacionada à qualidade dos insumos (CARREIRA; PINTO, 2007). O PNE prevê, em estratégias vinculadas às metas 7 e 20 (que deveriam ter sido concretizadas até 2016):

a) estabelecimento de parâmetros mínimos de qualidade dos serviços da educação básica, a serem utilizados como referência para infraestrutura das escolas, recursos pedagógicos, entre outros insumos relevantes, bem como instrumento para adoção de medidas para a melhoria da qualidade do ensino. A responsabilidade é da União, em regime de colaboração com os entes federados (est. 7.21);

b) implantação do Custo Aluno-Qualidade inicial (CAQi), referenciado no conjunto de padrões mínimos estabelecidos na legislação educacional e cujo financiamento será calculado com base nos respectivos insumos indispensáveis ao processo de ensino-aprendizagem e será progressivamente reajustado até a implementação plena do Custo Aluno-Qualidade (CAQ) (est. 20.6) (BRASIL, 1996b).

3 Instrumentos de garantia da efetividade do direito à educação: cooperação federativa, políticas públicas educacionais e financiamento da educação

3.1 A cooperação federativa

Bonavides (2006, p. 198) assinala que a Federação age na defesa dos direitos, tanto assim que uma das hipóteses de intervenção federal prevista na CRFB é a garantia dos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, “b”). Para o jurista, além dos direitos humanos fundamentais, há outra face constitucional da liberdade: a face federativa. Nesse sentido, entende que

se os direitos fundamentais exprimem a Sociedade, a distribuição do poder traduz a natureza do Estado. Sociedade e Estado são termos, pois, que se equacionam na definição de um projeto democrático, livre e social.

A Federação é forma de Estado. Mas forma de Estado que se adjectiva pela liberdade e a pressupõe (BONAVIDES, 2002, p. 45).

Cabe destacar, com Teixeira (1996, p. 100), que, para a efetivação do direito à educação num estado de caráter federativo, a responsabilidade

é solidária, e deve ser exercida conjuntamente e de modo complementar, “obrigando simultaneamente e completamente as três ordens de Poder público: a União, os Estados e os Municípios”.

Não é outra a lição de Comparato (1998a), o qual define o princípio da harmonia federativa nos seguintes termos: todas as unidades federadas, sem exceção, devem atuar concertadamente para a realização dos objetivos da República Federativa, os quais se encontram enunciados no art. 3º da CRFB. Esse princípio implica, para as unidades da Federação, o dever constitucional de cooperar umas com as outras (princípio da solidariedade). Esse é o fundamento para a ação harmônica dos entes federados, com o objetivo de garantir a efetividade do direito à educação – e no caso do Fundeb, por exemplo, da previsão da complementação da União para que se atinja um valor mínimo de investimento por aluno e das transferências de recursos entre governos subnacionais, inclusive de municípios para outros municípios.

No que se relaciona à cooperação/colaboração, a CRFB prevê (art. 211, *caput*) que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em *regime de colaboração* seus sistemas de ensino” (BRASIL, 1988a, grifo nosso). O § 4º do art. 211 dispõe que, na organização de seus sistemas de ensino, os entes federados devem definir formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório⁷. A EC nº 53/2006, a mesma que instituiu o Fundeb, promoveu uma sutil, mas importante alteração na redação original do art. 23 da Constituição – apenas com a previsão da fixação de normas de cooperação entre os entes federados por

meio de leis complementares, no plural. Dessa forma, abriu-se a possibilidade de normatização por leis setoriais, isto é, uma lei complementar de cooperação referente à educação⁸.

A EC nº 59/2009 (BRASIL, 2009) dispôs que o PNE terá que articular o SNE em regime de colaboração.

A Lei nº 13.005/2014 (BRASIL, 2014a), que aprovou o PNE, com vigência de 2014 a 2024, prevê em seu corpo articulado (art. 13) que o poder público deverá instituir, em lei específica, o SNE, “responsável pela articulação entre os sistemas de ensino, em regime de colaboração, para efetivação das diretrizes, metas e estratégias do Plano Nacional de Educação”. Além disso, na meta referente ao financiamento há a seguinte estratégia:

20.9) regulamentar o parágrafo único do art. 23 e o art. 211 da Constituição Federal, no prazo de 2 (dois) anos, por lei complementar, de forma a *estabelecer as normas de cooperação* entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em matéria educacional, e a *articulação do sistema nacional de educação em regime de colaboração*, com equilíbrio na repartição das responsabilidades e dos recursos e efetivo cumprimento das funções redistributiva e supletiva da União no combate às desigualdades educacionais regionais, com especial atenção às regiões Norte e Nordeste (BRASIL, 2014a, grifos nossos).

Tramitam na Câmara dos Deputados, atualmente, três Projetos de Lei Complementar (PLC) com esse objetivo: os PLs nºs 15/2011, 413/2014 e 448/2017 (BRASIL, 2011, 2014b, 2017b).

⁷ Observe-se que a referência à União não consta da redação original, sendo inserida por meio da EC nº 59/2009.

⁸ Prevê a CRFB: “Art. 23 [...] Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (BRASIL, 1988a).

3.2 Políticas públicas educacionais

Desenvolveram-se políticas públicas sociais para diminuir as desigualdades estruturais então produzidas (HÖFLING, 2001). Foram desenvolvidas com base em demandas sociais que historicamente se institucionalizaram e foram reconhecidas como instrumentos para a efetivação dos direitos. E, inversamente, não há como pensar na concretização dos direitos sociais sem políticas públicas (MOUSINHO, 2007).

Em seu Manifesto, de março de 1932, os pioneiros da Escola Nova propugnavam ser a educação uma função essencialmente pública e reivindicavam autonomia e meios materiais para realizá-la:

Mas do direito de cada indivíduo à sua educação integral, decorre logicamente para o Estado que o reconhece e o proclama, o dever de considerar a educação, na variedade de seus graus e manifestações, como uma função social e eminentemente pública, que ele é chamado a realizar, com a cooperação de todas as instituições sociais (AZEVEDO, 1958, p. 66-69).

As políticas públicas contêm normas que tanto geram ou reconhecem direitos quanto atos que os concretizam (COMPARATO, 1998b, 2002). Consistem em conjunto de medidas articuladas que movimentam a máquina governamental no sentido de concretizar direitos (BUCCI, 2006). Se há uma defasagem entre as políticas adotadas e os direitos garantidos, cabe buscar sua efetividade. Como afirma Barcellos (2005, p. 90),

compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identi-

ficado como ‘políticas públicas’. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

3.3 Financiamento da educação

O financiamento da educação já era reconhecido como instrumento de garantia material de realização do direito à educação em termos tão severos que há a vinculação de recursos à manutenção e desenvolvimento do ensino, cujo desatendimento gera grave sanção (intervenção federal nos Estados e intervenção estadual nos Municípios).

A partir da EC nº 14/1996, com o acréscimo da alínea “e” ao inciso VII do art. 34, a vinculação de recursos à educação foi expressamente guindada ao patamar de princípio constitucional. Não pode ser considerada, como alguns faziam, equivocadamente em nossa opinião, mera exceção ao princípio da não afetação, aplicável no universo do direito financeiro, mas que tem que se compatibilizar com a seara do direito educacional:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

[...]

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 1988a).

Uma vez violado esse princípio, ocorre a mais grave sanção no Direito Constitucional: a

decretação de intervenção federal. Se a própria Federação, como forma de Estado, é objeto (art. 60, § 4º, I) de cláusula pétrea, o princípio cuja violação tem a mesma consequência não pode ter outra natureza.

Recorde-se, ainda, que a CRFB não pode ser emendada na vigência de intervenção federal (art. 60, § 1º), e, quando esta for motivada por desrespeito a cláusula pétrea, sequer podem tramitar Propostas de Emenda à Constituição (PECs). Assim, o desrespeito ao princípio da vinculação à manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE) “petrifica” todo o processo de alteração da CRFB⁹.

Conforme assinala Pinto (2017, p. 115),

uma vez ausente, insuficiente ou mal gerido o custeio da manutenção e do desenvolvimento do ensino público, será o próprio direito fundamental à Educação que perecerá.

O estágio de proteção constitucional do direito depende do nível de consecução material das políticas públicas que lhe assegurem efetividade, razão pela qual sustentamos que o dever de gasto mínimo em Educação tem natureza de garantia fundamental, para todos os fins do artigo 60, § 4º, IV da Constituição de 1988.

A EC nº 53/2006 (BRASIL, 2006b) estabeleceu, na nova redação ao art. 60, XI, do ADCT, que importa em crime de responsabilidade o não cumprimento do disposto em seus incisos V (dever de realizar a complementação da União ao Fundeb e vedação de utilização da fonte do salário-educação) e VII (respeitar o valor mínimo, que a partir do quarto ano – 2010 – passou a corresponder a, no mínimo, 10% do total dos recursos dos fundos).

Reconhecido o direito à educação, coloca-se a questão de sua efetividade.

Miranda (1933), ao arrolar as sugestões debatidas acerca da forma de obrigar os governos a assegurar a difusão do ensino, já identificava a importância do reconhecimento do direito subjetivo, acionável. Em sua visão, a vinculação, embora importante, não garantiria a efetividade do direito – o que se obtém apenas com a sua judiciabilidade. Assim comentava as alternativas:

- a) a destinação de verbas especiais em texto constitucional;
- b) a destinação de percentagem das rendas arrecadadas, como se pretende na Subcomissão de Constituição (1932-1933);

⁹Diferentemente, por exemplo, do caso da intervenção no estado do Rio de Janeiro, que não foi motivada por descumprimento de cláusula pétrea, situação em que as propostas ainda podem tramitar, mas sem a possibilidade de votação em plenário, que converteria a proposição em EC.

- c) o direito público subjetivo, no estado sem fins precisos (Alemanha);
- d) o direito público subjetivo, no estado de fins precisos, como pretendemos.

Do direito à educação somente podemos falar nos dois últimos casos; nos outros é falível o princípio. Nada mais fácil que desviar verbas, que a algum fim se destinam” (MIRANDA, 1933, p. 8-9, grifo nosso).

Medeiros (2001, p. 29-45) considerava que, ao estabelecer o acesso ao ensino fundamental como direito público subjetivo, a CRFB (em sua redação original, alterada pela EC nº 59/2009) caracterizou-o como “um direito plenamente eficaz e de aplicação imediata, ou seja, direito exigível judicialmente, se não for prestado pela Administração” e forneceu-lhe um *plus*, “primando pela sua imediatidade, ao ampará-lo com um direito de ação correspondente”. A educação fundamental passara a constituir um serviço público essencial. Entretanto, nesse passo, distintas eram as situações do “direito genérico à educação” e do direito subjetivo público ao acesso ao ensino fundamental: “Isso porque o direito à educação, declarado constitucionalmente, não tem a mesma efetividade do direito subjetivo público ao ensino fundamental, o qual é munido de ação protetória” (MEDEIROS, 2001, p. 53).

Para Liberati (2004, p. 211), o constituinte de 1988 “pensou grande e decidiu pouco”. Segundo o autor, “o *status* de direito público subjetivo exigível do Estado não deveria circunscrever-se somente ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito, mas a todo o sistema educacional”.

A EC nº 59/2009 “decidiu um pouco mais”, ao reconceituar o núcleo essencial do direito social à educação, que passou a abranger a faixa de 4 a 17 anos (em tese, da pré-escola ao ensino médio)¹⁰. Ainda assim, a letra da lei não alcançaria toda a educação básica.

Contudo, há decisões judiciais do STF que parecem indicar um reconhecimento da educação infantil na esfera de configuração do direito subjetivo. Assim, ao relatar o Recurso Extraordinário nº 436.996/SP (BRASIL, 2006a), o ministro Celso de Mello asseverou:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

[...] por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente

¹⁰ Observe-se que a norma que trata do direito subjetivo (art. 208, § 1º) menciona, não o ensino fundamental, mas o ensino obrigatório. Esse dispositivo permaneceu inalterado – não foi modificado pelas ECs nºs 53 e 59. As expressões não são sinônimas – apenas, à época, o ensino fundamental era o único obrigatório, nos termos da redação então vigente do art. 208, I.

discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

3.3.1 Riscos à efetividade do direito por erosão do instrumento do financiamento

3.3.1.1 Desvinculações formais e desvinculações brancas

O antigo PNE aprovado pela Lei nº 10.172/2001 (BRASIL, 2001) e que vigorou no período de 2001 a 2010, considerava os percentuais constitucionalmente vinculados à manutenção e desenvolvimento do ensino o ponto de partida para a formulação e implementação de metas educacionais e adotava a vinculação a primeira diretriz básica para o financiamento da educação, ressaltando ainda que:

Embora encontre ainda alguma resistência em alguns nichos da tecnocracia econômica mais avessos ao social, a vinculação de recursos impõe-se não só pela prioridade conferida à Educação, mas também como condição de uma gestão mais eficaz. Somente a garantia de recursos e seu fluxo regular permitem o planejamento educacional (BRASIL, 2001).

A partir de 1994, quando se instituiu o antigo FSE, foram promovidos cortes que

sempre tenderam a recair, inicialmente, sobre as despesas de caráter discricionário – de investimentos, custeio da máquina e de políticas sociais não protegidas –, os quais, com o passar do tempo, mostraram-se insuficientes para essa finalidade, exigindo a desmontagem dessas vinculações para se garantir, no orçamento, espaço necessário para o pagamento dos juros da riqueza financeira (OLIVEIRA, 2018, p. 169).

Além dessas desvinculações, há o que denominamos “desvinculações brancas”. São mecanismos mais sutis, que correspondem ao desvirtuamento do conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), inflando-o para admitir novas categorias de gasto. Ou promovem a alteração na base de cálculo – como fez a EC nº 95/2016, embora nesse caso, mais que uma “desvinculação branca” é a suspensão, por vinte anos, da regra da vinculação – a nosso juízo inconstitucional, por atingir cláusula pétrea.

A EC nº 95/2016 (BRASIL, 2016b) alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), para instituir o que denomina “Novo Regime Fiscal”. Para tanto, dispôs sobre os limites individualiza-

dos para as despesas primárias¹¹, em âmbito federal. A regra geral, nos termos do art. 107, § 1º, II, prevê que os limites equivalerão, para os exercícios posteriores a 2017, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. O § 5º expressamente determina que é vedada a abertura de crédito suplementar ou especial que amplie o montante total autorizado de despesa primária sujeita aos limites.

Oliveira (2018, p. 171) assinala:

Congelar, em termos reais, os gastos primários do Estado federal por vinte anos, bem como as propostas insistentes de se colocar um ponto final nas vinculações de receitas para o financiamento das áreas sociais, apoiado na justificativa de ser necessário um ajuste fiscal para a economia voltar a crescer, quando o que se procura, na verdade, é libertar o espaço orçamentário do suposto ônus que representam para atender as demandas do mercado e para que o Estado volte a ter condições de proteger e remunerar a riqueza financeira, representa um claro exemplo de como o orçamento pode ser ajustado para satisfazer as classes dominantes. Porque, neste caso, o objetivo não é bem o de sanear as finanças do Estado, mas o de resgatar o orçamento para nele acomodar os interesses das classes dominantes, neste caso precipuamente do capital financeiro, sacrificando as políticas sociais e as camadas mais pobres da sociedade.

O resultado será – já tem sido – a compressão das despesas discricionárias, que são aquelas que alimentam os programas, as políticas públicas educacionais.

3.3.1.2 Abuso da reserva do possível

Diante da escassez de recursos, argumenta uma corrente doutrinária, os direitos sociais têm sua concretização submetida à reserva do possível. Essa concepção postula que o direito social é de realização gradual, uma meta a ser buscada, e a destinação dos recursos escassos dar-se-ia segundo a discricionariedade do Estado. A posição é sintetizada por Branco (2000, p. 146), nos seguintes termos:

Os direitos a prestação material têm a sua efetividade sujeita às condições, em cada momento, da riqueza nacional [...] Os direitos a presta-

¹¹ Despesa primária é a despesa total menos a despesa financeira (amortização de dívidas, juros passivos, concessão de empréstimos). Assim, um dos itens que mais impacta na dívida pública – os juros – não é disciplinado.

ção peculiarizam-se, sem dúvida, por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, segundo as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à reserva do possível.

Sob esse prisma, os direitos de segunda geração não teriam a mesma força jurídica que os de primeira dimensão e resumir-se-iam a “liberdades de direito” e não “liberdades de fato” (MUNIZ, 2002, p. 90). Piovesan (apud MUNIZ, 2002, p. 104) propugna a “urgência de reduzir ao máximo a discricionariedade do Estado ao tratar de direitos sociais, econômicos e culturais”.

Wang (2007, p. 19) salienta que “nos casos em que se pede concretamente uma obrigação de fazer do Estado em matéria de direito à educação, o Supremo Tribunal Federal, em nenhum caso, negou o pedido”. A tendência não se reproduz quando o STF procede ao controle abstrato de constitucionalidade – que gera efeito *erga omnes*. Neste caso, a reserva do possível, os custos dos direitos e a escassez de recursos aparecem “de forma mais patente do que em casos envolvendo apenas indivíduos ou pequenos grupos” (WANG, 2007, p. 25).

O ministro Celso de Mello descreveu as hipóteses em que a cláusula é aplicável e as situações em que sua invocação é abusiva (ADPF nº 45):

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, 2004).

Esse debate acerca da escassez de recursos e do gradualismo não é novo para a área de educação e é ilustrado pelos desabafos de Rui

Barbosa, ao final do século XIX, e de Anísio Teixeira, em meados do século XX.

O jurista baiano escreve em seu parecer, como deputado, relator dos projetos discutidos na Comissão de Instrução Pública da Câmara dos Deputados, sobre a reforma do ensino secundário e superior (abril de 1882):

Nada de novo terão para nós as objeções a que oferece alvo a resoluta energia do nosso plano reformista. Em vez de examinarem o valor intrínseco da proposta, a utilidade, a urgência de suas ideias, não nos admirará que curem apenas de exagerar o preço da execução das medidas que ela aventa. *Argumentarão com o estado precário do tesouro, com a penúria da nossa renda, com a morosidade da ascensão da nossa receita [...]. Dizem: Não temos recursos; e, pois, melhoraremos a instrução passo a passo: quando melhor vento enfure as velas ao erário, opulentas dotações terá a escola. Mas é um insuperável círculo vicioso. Primeiramente, este sistema de não infundir ao ensino a vida nova dos tempos, senão gota a gota, partícula a partícula, nos deixará sempre no tremedal onde estamos (BARBOSA, 1985, p. 427, grifos nossos).*

Teixeira (1997, p. 227) advertia que a adoção da vinculação de recursos à educação pela Constituição de 1934 representava um grande passo, mas “necessitaria de novas campanhas para chegar à completa efetivação”, uma vez que

a mentalidade dos fazedores de orçamentos, geralmente homens que reputam o ensino obra eminentemente supérflua, criará todos os sofismas para demonstrar a impossibilidade material de se obedecer à Constituição.

Segundo Medeiros (2001, p. 62), o jurista português Canotilho critica a expressão por que “traduz a ideia de que a existência de

direitos sociais dependeria da existência também de dinheiro nos cofres públicos”, o que equivaleria, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. O que se critica não é a ideia da reserva do possível, que parece óbvia ao senso comum: se não há recursos, não há como gastá-los. Entretanto, abre-se uma porta para o abuso da reserva do possível. Em primeiro lugar, o fato de recursos não constarem do orçamento não significa que eles não existam, uma vez que, por exemplo:

- a) é comum que a receita seja subestimada e a despesa superestimada;
- b) nada impede que, ao longo do exercício, sejam instituídos créditos suplementares;
- c) eventualmente, os governos alegam falta de recursos, mas promovem a renúncia fiscal, são ineficazes no combate à sonegação e admitem o perdão de dívidas;
- d) a elaboração do orçamento de forma incremental leva os governos a hesitarem em diminuir recursos de áreas ou programas que não se configuram como mínimo existencial e transferi-los para as que assim se caracterizam.

Observe-se que a elaboração dos instrumentos orçamentários, aprovados por legislação ordinária – Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) – deve subordinar-se à CRFB e levar em consideração a legislação ordinária. Assim, três PPAs conviverão com cada PNE. Esses diferentes instrumentos de planejamento, ambos expressamente previstos na CRFB devem ser compatibilizados, não só pelo lado dos recursos (PPA), mas também pelo das metas (no caso da educação, PNE). Não por outro motivo, a Lei nº 13.249/2016 (BRASIL, 2016a), que institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019, prevê expressamente, entre as prioridades da administração pública federal

para o período 2016- 2019 (art. 3º, I), as metas inscritas no Plano Nacional de Educação.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) (BRASIL, 2000), no art. 9º, § 2º, determina que não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente¹².

Preconiza Sarlet (2007, p. 381) que a reserva do possível deve ser levada a sério com reservas: “cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”. O autor traz à colação a posição de Eros Grau, para quem a reserva do possível “não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento” (SARLET, 2007, p. 383). Assim, cabe ao Judiciário, em todas as instâncias, analisar a questão da reserva do possível, para além da alocação orçamentária. É possível “impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição”, incluídas as normas programáticas (SARLET, 2004, p. 73).

Esses conflitos afloram sempre que uma medida tenda a relativizar ou suprimir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. O legislador deve respeitá-lo “não estando legitimado a criar condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte” (BRANCO, 2000, p. 127).

Da mesma forma, deve ser protegido o mínimo existencial, definido por Sarlet (2004, p. 73) como “conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade”. Para Lima (2003, p. 27), o direito

¹²O comando desse dispositivo foi ameaçado pela formulação original da PEC nº 415/2005, do Fundeb, que estabelecia: “§ 3º A complementação da União será realizada mediante redução permanente de outras despesas, inclusive redução de despesas de custeio, observadas as metas fiscais e os limites de despesas correntes fixados na lei de diretrizes orçamentárias” (BRASIL, 2005b, p. 2).

público subjetivo à educação básica¹³ é “revestido do manto do mínimo existencial” e “não está relegado à reserva do possível”.

Para Clève (2006, p. 8),

a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

A caracterização como direito público subjetivo garante, além da justiciabilidade, o afastamento da possibilidade, em relação ao ensino na faixa de 4 a 17 anos, de ser aplicada a doutrina da reserva do possível. Barcellos (2002) concebe o mínimo existencial com base em quatro elementos: acesso à justiça, saúde básica, assistência e educação fundamental – o texto da autora é anterior à EC nº 59/2009, num momento em que o ensino fundamental era o único obrigatório.

Daí a perplexidade em face do descumprimento da regra constitucional e legal, então vigente, do valor mínimo do antigo Fundef: “Mesmo uma abordagem na linha da ‘reserva do possível’ seria inadequada, porque em termos de Educação discute-se aqui o mínimo básico, o ensino obrigatório” (MARTINS, 2005, p. 44)¹⁴.

¹³A autora identificava ensino fundamental e educação básica, de forma a alargar o objeto do direito protegido – como acabou por ser feito pela EC nº 59/2009 (LIMA, 2003, p. 29).

¹⁴Recorde-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 71 (BRASIL, 2005a), referente à questão do valor mínimo do Fundef, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) ainda está por ser julgada, sendo relator o ministro Gilmar Mendes. Nos últimos anos, contudo, desde o do trânsito em julgado da Ação Civil Pública 1999.61.00.050616-0 (BRASIL, 2017a), ajuizada pelo Ministério Público Federal, em São Paulo, a Justiça tem dado ganho de causa aos Municípios em face do desrespeito à fórmula de cálculo do valor mínimo do antigo Fundef.

4 Direito à educação e proibição do retrocesso

O direito social, uma vez efetivado, torna-se para o Estado não mais uma prestação positiva, mas uma obrigação negativa: o legislador não pode extinguir esse direito “violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido”. O Estado “passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social” (CANOTILHO apud MUNIZ, 2002, p. 276).

Dessa forma, os cidadãos podem exigir em juízo “a manutenção do mesmo nível de realização que por ventura já tenha sido alcançado” (BEDÊ, 2006, p. 114).

Uma vez concretizados, os direitos sociais não podem sofrer retrocesso, “ou seja, não podem deixar de ser fornecidos pelo Estado nem terem sua quantidade de serviço diminuída. Os cidadãos podem recorrer ao judiciário para reclamar a manutenção do nível de realização” (MALISKA, 2001, p. 145). Esse entendimento configura o princípio da proibição do retrocesso. Segundo Barroso (2001 apud SARLET, 2004, p. 65),

por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

Binenbojm (2004, p. 17, grifo nosso) esclarece que

Ao debater as Ações Cíveis Originárias (ACOs) 648, 660, 669 e 700 (BRASIL, 2018a, 2018b, 2018c, 2018d), ajuizadas, respectivamente, pelos Estados da Bahia, do Amazonas, de Sergipe e do Rio Grande do Norte, o STF reconheceu o critério da média nacional para a definição da complementação da União aos recursos do Fundef e condenou a União ao pagamento de diferenças a ela relacionadas.

o mínimo existencial é o máximo que se pode exigir do judiciário, como algo a ser tutelado *imediatamente*, considerados a reserva do possível fático, que é a limitação dos recursos e a reserva do possível no sentido jurídico, tendo o judiciário que atentar para a existência de outros direitos, também constitucionalmente assegurados, que têm que ser atendidos com recursos públicos”.

Para o autor, a ideia de direitos sociais mínimos exigíveis imediatamente está ligada à constituição da cidadania e deve expressar compromissos mínimos por parte do Estado.

O mínimo em matéria de educação corresponde ao dever do Estado de “oferecer e manter o ensino público obrigatório” (MALISKA, 2001; LIMA, 2003).

5 Conclusão

A realização do direito à educação vem abrindo caminho, a partir da positivação em seu mais alto grau, com a constitucionalização da vinculação de recursos, da obrigação financeira mínima da União em relação ao Fundeb, da previsão do direito público subjetivo ao ensino obrigatório, agora abrangendo a faixa de 4 a 17 anos. Pode-se mesmo inferir que decisões como a referente ao Recurso Extraordinário nº 436.996/SP (relator ministro Celso de Mello) (BRASIL, 2006a) consolidam, no plano jurisprudencial, que a educação infantil é também um direito público subjetivo.

Ao lado dessa ação direta no arcabouço normativo, no plano da doutrina e da jurisprudência, o direito à educação enseja acirrados debates acerca da reserva do possível – ou seja, da limitação de recursos –, mas também dos limites dessa limitação, ao lado da abordagem com foco na evolução dos direitos que

se incorporam ao patrimônio jurídico da cidadania de tal forma que se rejeite o retrocesso.

A garantia e ampliação do direito à educação depende de clareza maior em relação a esses temas, além do diálogo permanente entre os educadores e os operadores do Direito, para que se possa promover a densificação de norma como a do art. 60, § 1º do ADCT, com a redação dada pela EC nº 53/2006 (BRASIL, 2006b), que se refere ao financiamento da educação básica de forma a garantir um padrão mínimo de qualidade definido nacionalmente.

Sobre o autor

Paulo de Sena Martins é doutor em Educação pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; consultor legislativo da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: paulo.martins@camara.leg.br

Como citar este artigo

(ABNT)

MARTINS, Paulo de Sena. O direito à educação na Carta Cidadã. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 223-246, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p223

(APA)

Martins, P. de S. (2019). O direito à educação na Carta Cidadã. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 56(221), 223-246. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p223

Referências

AZEVEDO, Fernando de et al. A reconstrução educacional no Brasil: manifesto dos pioneiros da educação nova. In: AZEVEDO, Fernando de. *A educação entre dois mundos*: problemas, perspectivas e orientações. São Paulo: Melhoramentos, 1958. (Obras completas, v. 16).

BARBOSA, Rui. *Discursos parlamentares*. Seleção e introdução de Evaristo de Moraes Filho. Brasília: Câmara dos Deputados, 1985. (Perfis Parlamentares, v. 28).

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Os direitos à educação e o STF. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 43-66, out./dez. 2009.

BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89-118.

BINENBOJM, Gustavo. Os direitos econômicos, sociais e culturais e o processo democrático. In: ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (Org.). *Justiça social: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: Fase: DP&A, 2004. p. 11-18.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Ciência política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 103-196.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 19 set. 1946.

_____. Assembléia Nacional Constituinte. Ata da 11ª Reunião, em 16 de julho de 1987. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Brasília, 17 jul. 1987. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup95anc16jul1987.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988a.

_____. Assembléia Nacional Constituinte. Ata da 341ª Sessão, em 5 de outubro de 1988. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Brasília, 5 out. 1988b.

_____. Emenda constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 set. 1996a.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 dez. 1996b.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 maio 2000.

_____. Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45/DF. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bu3e9ae>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 71/DF. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da*

Justiça, Brasília, 3 jun. 2005a. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+71%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bupj622>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 415, de 2005. Dá nova redação ao § 5º do art. 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Autoria: Poder Executivo. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 6 jul. 2005b. [Situação: Apensada à PEC 216/2003]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C93D5E21C990BFB9BE8AA0812F5DFBAA.proposicoesWebExterno2?codteor=315929&filename=PEC+415/2005>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 436.996/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 3 fev. 2006a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2254591>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Emenda constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211, 212 da Constituição Federal, e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 dez. 2006b.

_____. Emenda constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino... *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 nov. 2009.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 15, de 2011. Estabelece normas para cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com relação à responsabilidade na gestão pública da educação escolar brasileira. Autoria: Dep. Felipe Bornier. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 23 fev. 2011. [Situação: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Educação (CE)]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=843240&filename=PLP+15/2011>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jun. 2014a.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 413, de 2014. O presente Projeto de Lei Complementar visa responder especificamente às disposições do artigo 23 da Constituição Federal, acelerada, agora, pela recente sanção da Lei nº 13.005/2014 que estabelece o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Autoria: Dep. Ságuas Moraes. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 7 ago. 2014b. [Situação: Pronta para Pauta na Comissão de Educação (CE)]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1268406&filename=PLP+413/2014>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Lei nº 13.249, de 13 de janeiro de 2016. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jan. 2016a.

_____. Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 2016b.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Cumprimento de sentença n. 1999.61.00.050616-0. Exequente: Ministério Público Federal. Executado: União Federal. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região*, São Paulo, 10 nov. 2017a. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/?numeroProcesso=19996100050616-0>>. Acesso em: 1º out. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº 448, de 2017. Regulamenta a cooperação federativa na área da educação, com base no parágrafo único

do art. 23 da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Educação – SNE, em regime de cooperação e colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal... Autoria: Dep. Giuseppe Vecci. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 1ª dez. 2017b. [Situação: Apensado ao PLP 413/2014]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1625170&filename=PLP+448/2017>. Acesso em: 27 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária n. 648/BA. Autor: Estado da Bahia. Réu: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 mar. 2018a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313860986&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária n. 660/AM. Autor: Estado do Amazonas. Réu: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 mar. 2018b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313861409&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária n. 669/SE. Autor: Estado de Sergipe. Réu: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 mar. 2018c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313862172&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária n. 700/RN. Autor: Estado do Rio Grande do Norte. Réu: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 9 mar. 2018d. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313862796&ext=.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CARREIRA, Denise; PINTO, José Marcelino Rezende. *Custo aluno-qualidade inicial: rumo à educação pública de qualidade no Brasil*. São Paulo: Global, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Retenção de recursos estaduais pela União. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 87-91, 1998a.

_____. Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998b. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas. *Interesse público*, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, p. 49-63, out./dez. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição resistente. In: MORAES, Alexandre de et al. (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 45-63.

FERREIRA, Pinto. Educação e Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, v. 23, n. 92, p. 171-194, out./nov. 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181734/000427044.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 27 set. 2018.

HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, Campinas, v. 21, n. 55, p. 30-41, nov. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

IMPERIO DO BRAZIL. Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil*, Rio de Janeiro, 1824.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo material do direito à educação escolar. In: _____ (Org.). *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 207-271.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

MARTINS, Paulo de Sena. Financiamento da educação básica: critérios, conceitos e diretrizes. In: LIMA, Maria José Rocha; ALMEIDA, Maria do Rosário; DIDONET, Vital (Org.). *Fundeb: dilemas e perspectivas*. Brasília: Edição Independente, 2005. p. 37-52.

_____. O financiamento da educação e a Constituição de 1988: a vinculação de recursos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino. In: ARAÚJO, José Cordeiro de et al. (Org.). *Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira*: [consultoria legislativa]. Brasília: Edições Câmara, 2008. v. 1, p. 449-461. (Série coleções especiais. Obras comemorativas, n. 2). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/livros-eletronicos/vol-1.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. *Fundeb, federalismo e regime de colaboração*. Campinas: Autores Associados, 2011. (Coleção políticas públicas de educação).

_____. O financiamento da educação de qualidade. *Revista Educação e Políticas em Debate*, Uberlândia, v. 3, n. 2, p. 268-290, ago./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistaeducaopoliticas/article/view/30280/16533>>. Acesso em: 1º out. 2018.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. *O acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Ediruald de. Implicações do financiamento da educação na gestão democrática do ensino público de primeiro grau. *Em Aberto*, Brasília, ano 8, n. 42, p. 51-54, abr./jun. 1989. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/viewFile/1740/1711>>. Acesso em: 27 set. 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Direito à educação*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. (Coleção dos 5 direitos do homem. Ciência e trabalho, v. 3).

MONTEIRO, A. Reis. *O direito à educação*. Lisboa: Livros Horizonte, 1998.

MOUSINHO, Ileana Neiva. A ação civil pública como instrumento de implementação de políticas públicas de direitos sociais. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 17, n. 33, p. 29-60, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.anpt.org.br/attachments/article/2708/Revista%20MPT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%2033.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (Biblioteca de Teses Renovar).

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. O orçamento como instrumento da democracia e da cidadania: a importância das vinculações. In: FAGNANI, Eduardo (Org.). *A reforma tributária necessária: diagnóstico e premissas*. Brasília: Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, 2018. p. 163-172. Disponível em: <<http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2018/05/REFORMA-TRIBUTARIA-SOLIDARIA.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2018.

PINTO, Élide Graziane. O controle do gasto mínimo em educação e do cumprimento das metas e estratégias do PNE pelo Ministério Público de Contas. In: CRUZ, Priscila; MONTEIRO, Luciano; FALZETTA, Ricardo (Coord.). *Reflexões sobre justiça e educação*. São Paulo: Moderna, 2017. p. 115-122. Disponível em: <<https://pt.calameo.com/read/002899327143b1991a8ed>>. Acesso em: 28 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Princípio da proibição de retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1998. In: ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (Org.). *Justiça social: uma questão de direito*. Rio de Janeiro: Fase: DP&A, 2004. p. 47-80.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional até a Emenda Constitucional nº 31, de 14.12.2000. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEIXEIRA, Anísio. *Educação é um direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1996.

_____. *Educação para a democracia: introdução à administração educacional*. Apresentação de Luiz Antonio Cunha. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1997.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DA ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA E CARIBE DE DIREITO E ECONOMIA, 11., 2006, Brasília. *Anais...* Berkeley: University of California, 2007. p. 1-26. Disponível em: <<https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt26q0r0ns/qt26q0r0ns.pdf?t=kro5ld>>. Acesso em: 26 out. 2018.

XIMENES, Salomão Barros. *Direito à qualidade na educação básica: teoria e crítica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF

CÁSSIO LUÍS CASAGRANDE
JÔNATAS HENRIQUES BARREIRA

Resumo: Este trabalho apresenta um caso considerado entre os mais importantes da Suprema Corte dos Estados Unidos. A decisão lida com alguns problemas, tais como a relação entre União e Estados, a soberania dos Estados, o poder nocivo da tributação e o regime federativo norte-americano propriamente dito. A decisão em *McCulloch v. Maryland* foi responsável pela consagração da “teoria dos poderes implícitos”, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades. Algumas delas serão trabalhadas na parte final do artigo, sobretudo as que dizem respeito aos poderes investigatórios do Ministério Público.

Palavras-chave: *McCulloch v. Maryland*. Teoria dos poderes implícitos. Federalismo. Poderes investigatórios do Ministério Público.

The case *McCulloch v. Maryland* and its impact on the Brazilian Supreme Court constitutional landmark decisions

Abstract: This work presents a case, which is considered one of the most important decisions in the Supreme Court of United States history. The precedent deals with some problems, like the intergovernmental relation between the Union and the states, the sovereignty of the states, the harmful power of taxing and the federative American state itself. The decision in *McCulloch v. Maryland* was responsible for elevating the doctrine of the implied powers, which was after used by the Brazilian Supreme Court in some opportunities. Some of these will be exposed in the final part of the article, mainly those that are related to the investigative powers of the Brazilian department of prosecutors.

Keywords: *McCulloch v. Maryland*. Doctrine of implied powers. Federalism. Investigative powers of the prosecutors.

Recebido em 15/5/18
Aprovado em 22/10/18

Introdução

O Estado federal foi um dos maiores legados da Constituição norte-americana de 1787 (UNITED STATES, [1992]), criando uma forma de organização política que muitos Estados nacionais modernos adotam, conforme suas particularidades (ZIMMERMANN, 1999, p. 249). No entanto, não foi premeditada nem planejada essa unificação das antigas Treze Colônias na forma como ficou consolidada (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 131).

A história do federalismo norte-americano e a formação dos Estados Unidos da América (EUA), como nação soberana e única não foi marcada por consenso. Desde o surgimento da Confederação e, posteriormente, da Constituição, os embates foram marcados pelo antagonismo entre os que defendiam um governo central forte e os que defendiam a soberania dos Estados frente ao governo central.

Para a consolidação do Estado federal, a Suprema Corte teve importante participação. Nesse contexto, alguns estudiosos comentam que o caso *McCulloch v. Maryland* (UNITED STATES, 1819) é um dos mais importantes da história daquela Corte (FARBER, 2003-2004, p. 679-716; KILLENBECK, c2006, p. 6). O caso decorreu da rivalidade dos Estados com o Segundo Banco nacional e alguns deles começaram a tomar medidas agressivas contra a instituição. Entre elas está a tributação instituída pelo Estado de Maryland sobre as notas emitidas pelo Banco federal, que gerou o caso judicial em estudo. Historiadores afirmam que esse foi um “caso teste” em que os lados opostos teriam cooperado para iniciar um processo judicial que determinaria a (in)constitucionalidade do Banco, bem como sua natureza e atribuições (KILLENBECK, c2006, p. 90; WARREN, c1926, p. 506). Esse caso confirmou a importância da Suprema Corte no processo político e, ao mesmo tempo, fixou importantes limites à sua autoridade. Como afirma Warren (c1926, p. 1, tradução nossa): “A história dos Estados Unidos não foi escrita apenas nos *halls* do Congresso, nas salas do Executivo ou nos campos de batalha, mas em grande parte nas salas de audiência da Suprema Corte dos Estados Unidos”.

Este trabalho visa trazer o caso a estudo e realizar uma reflexão do uso de *McCulloch v. Maryland* na jurisprudência brasileira, como já o fez algumas vezes o Supremo Tribunal Federal (STF), sobretudo, com a denominada “teoria dos poderes implícitos”. Dos casos do STF, o principal diz respeito aos poderes investigatórios do Ministério Público (MP), que ganhará no final do artigo especial atenção.

A metodologia empregada na pesquisa fundou-se na revisão de livros e artigos científicos norte-americanos que abordam o caso

McCulloch v. Maryland, expondo o contexto histórico, decisão e alguns de seus efeitos. Posteriormente, coletaram-se as decisões judiciais do STF em que se mencionou o caso investigado, analisando em que situações é citado. Em seguida, conferiu-se mais atenção aos casos em que *McCulloch v. Maryland* teve realmente impacto relevante. A decisão norte-americana em estudo teve maior relevância nos acórdãos do STF relativos aos poderes investigatórios do MP, quando se utilizou a teoria dos poderes implícitos, um dos argumentos centrais de *McCulloch v. Maryland*. Por fim, apresentaram-se alguns autores críticos ao posicionamento adotado pelo STF.

Embora lide com decisão judicial histórica de 1819, o objeto de pesquisa é tema atual e relevante, uma vez que o caso já foi citado diversas vezes, inclusive em decisão importante de 2015 a respeito dos poderes investigatórios do MP.

1 Contextualização da *necessary and proper clause*

Antes de mais nada, é indispensável abordar a cláusula conhecida como *necessary and proper clause*, extremamente controversa e discutida na polêmica a respeito da constitucionalidade da criação de bancos federais pela União.

Existia, no processo constituinte norte-americano, forte preocupação a respeito da possibilidade de o governo federal esmagar a soberania dos Estados da federação. Por isso, Madison ([1961], p. 241, tradução nossa), no artigo nº 45 de “O Federalista” (*The Federalist Papers*) procurava tranquilizar aqueles que temiam a nova Constituição esclarecendo que:

Os poderes delegados ao governo federal pela Constituição proposta são poucos e definidos. Aqueles que pertencem aos governos estaduais são numerosos e indefinidos. O primeiro será exercido principalmente em objetos externos, como guerra, paz, negociação e comércio exterior, com o qual o poder de taxaçaõ estará, na maior parte, conectado. Os poderes reservados aos Estados se estenderão a todos os objetos, nos cursos de assuntos ordinários, que dizem respeito à vida, liberdades e propriedades das pessoas; e à ordem interna, melhoria e prosperidade do estado.

Dessa forma, o artigo I, seção 8, da Constituição estabeleceu as competências do Congresso, enumerando-as. No entanto, a cláusula *necessary and proper* aparece no final do dispositivo com a seguinte redação: “To make all Laws which shall be *necessary and proper* for carrying

into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof” (UNITED STATES, [1992]). Numa versão traduzida, compete ao Congresso “elaborar todas as leis *necessárias e apropriadas* ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos, ou aos seus Departamentos e funcionários” (ESTADOS UNIDOS, [200-], grifo nosso).

Em torno dessa cláusula debateu-se muito se ela dava à União apenas os poderes taxativamente enumerados pela Constituição ou se permitiria que se admitissem também todos os meios “necessários e apropriados” (*necessary and proper*) à execução daquelas atribuições estabelecidas na Constituição. A indeterminação da expressão *necessary and proper* trazia grande ansiedade aos oponentes no jogo político e era vista com muito receio por vários Estados, já que poderia ser utilizada contra a sua soberania (WARREN, c1926, p. 500). Afinal, antes da Guerra Civil, não havia ainda uma identidade nacional muito forte, o que fazia com que as pessoas se sentissem mais como cidadãos dos seus respectivos Estados do que como cidadãos norte-americanos (CORWIN, [1918]).

A primeira vez em que a Suprema Corte se pronunciou sobre a interpretação da *necessary and proper clause* não foi no caso *McCulloch v. Maryland*, mas em 1805 no caso *United States v. Fisher* (2 Cranch, 358) (UNITED STATES, 1805), em que o então *Chief Justice* Marshall estatuiu que haveria inúmeras dificuldades de governança se fosse mantida a ideia de que só poderia ser estabelecida uma lei desde que fosse indispensavelmente necessária ao exercício de determinado poder. Assim, entendeu que o Congresso deveria ter o poder de escolher os meios para exercer os poderes garantidos na Constituição (WARREN, c1926, p. 501-502)¹. Contra essa decisão houve a reação de um congressista de Virgínia que pedia uma emenda à Constituição para melhor definir a *necessary and proper clause*, entendendo ser indispensável restringir a possibilidade de o Congresso editar leis com conexão racional e imediata com poderes enumerados (WARREN, c1926, p. 502).

Embora essa cláusula tenha sido discutida antes de *McCulloch v. Maryland*, neste caso ela assume especial importância. Por outro lado, em tensão com a *necessary and proper clause*, a Décima Emenda à Constituição dos EUA estabelecia: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são

¹“O Congresso deve escolher os meios e precisa ser empoderado para usar quaisquer meios que são de fato condutivos ao exercício do poder garantido pela Constituição” (UNITED STATES, 1805, tradução nossa).

reservados aos Estados ou ao povo” (ESTADOS UNIDOS, [200-]). Conforme explica Schwartz (c1984, p. 14), a Décima Emenda foi instituída “como garantia contra o excessivo engrandecimento do Governo central” e, basicamente, limitava os poderes da União àqueles conferidos pelo texto constitucional.

2 O surgimento do Banco

No período do seu surgimento, os EUA enfrentaram enormes dificuldades financeiras. Por isso, Alexander Hamilton e Robert Morris defenderam a criação de um banco nacional que seria “o principal pilar do crédito americano”. George Washington assinou um documento criando o *Treasury Department* (Departamento do Tesouro), em 1789, nomeando Hamilton para comandar esse departamento. Os problemas enfrentados por esse órgão foram resumidamente três: reparar o crédito público, cultivar e proteger fluxos de receita do novo governo e criar uma autoridade central para gerir as finanças estatais e conduzir a economia (KILLENBECK, c2006, p. 11-12).

Em 1791, o Primeiro Banco dos EUA foi criado por uma Carta, conferindo-lhe uma duração de vinte anos (*twenty-year charter*). Para sua criação, houve intensos debates no Congresso (KILLENBECK, c2006, p. 5). Em virtude da necessidade de se estabilizar o crédito público, Hamilton recomendou ao Congresso, por meio do *Report on a National Bank*, que autorizasse a criação de um banco (KILLENBECK, c2006, p. 13), que seria privado, mas muito próximo do governo. Boa parte da controvérsia não esteve na medida em si, mas no problema constitucional da extensão dos poderes da União. Assim, perguntava-se: “Teria o Congresso poder para criar essa ins-

tuição?” O *Report* de Hamilton não trazia questões relacionadas à constitucionalidade da criação do banco, mas apenas a questões econômicas (KILLENBECK, c2006, p. 14, tradução nossa).

Acirrou-se, nesse contexto, uma rivalidade entre Hamilton e Thomas Jefferson. Essa disputa representava duas visões sobre os EUA. Na época vigoravam duas correntes de pensamento político. A primeira, republicana ou democrata-republicana, liderada por Jefferson, desconfiava do governo centralizado, simpatizava com os devedores, era favorável a uma democracia agrária baseada na pequena propriedade livre e acreditava que o povo, agindo por meio das instituições representativas, poderia autogovernar-se (RODRIGUES, 1992, p. 29). A segunda, federalista, era liderada por Hamilton, que defendia um governo nacional sob liderança do Executivo, simpatizava com os credores e preconizava uma economia nacional mais equilibrada e diversificada, com encorajamento governamental da indústria, comércio e navegação. Acreditava também que o povo não tinha capacidade de se autogovernar – o governo seria mais bem dirigido por uma elite (RODRIGUES, 1992, p. 29).

Para Hamilton, a cláusula *necessary and proper* autorizava o Congresso a criar um banco, que seria um meio para a execução de poderes enumerados pela Constituição, como emprestar dinheiro e emitir moedas. Jefferson, por outro lado, afirmava que a cláusula *necessary and proper* era uma cláusula restritiva, e que esses conceitos deveriam ser construídos num sentido bem estreito². Durante os debates, argumentou-se que o banco teria “privilegio exclusivo”, pois nenhuma instituição similar a ele poderia ser criada e que isso violaria a Constituição, uma vez que a criação

² Ver Corwin ([1918], cap. 5).

do banco excederia os poderes do Congresso (KILLENBECK, c2006, p. 15).

Um dos receios quando da ratificação da Constituição era a criação de um poder central federal todo-poderoso que ameaçasse a autonomia dos Estados. O argumento principal em favor da inconstitucionalidade da criação de um banco era: “se os poderes não foram delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos, então eles são reservados aos Estados respectivamente ou às pessoas” (KILLENBECK, c2006, p. 18, tradução nossa), constante na Décima Emenda da Constituição.

James Madison, então aliado de Thomas Jefferson, em 1791 opôs-se à criação do Banco, afirmando que o governo federal tinha um número limitado de atribuições e que a criação de um banco não estava incluída entre elas. Defendia que o que não foi delegado à União foi retido pelos Estados, assim como já havia afirmado no artigo nº 45 de “O Federalista”. Disse também que não havia antes indicação de que o Banco taxaria ou emprestaria dinheiro. Além disso, afirmou que a criação do Banco era apenas conveniente, mas não essencial (KILLENBECK, c2006, p. 20-21). Segundo ele, a criação do Banco era uma medida conveniente, mas não necessária e que não se poderia dar por meio da cláusula um poder ilimitado ao Congresso para escolher quaisquer meios que quisesse (BARNETT, 1997, p. 751-752).

Os argumentos favoráveis à criação do Banco baseavam-se na ideia de poderes implícitos. A maior parte dos representantes dos Estados sulistas manifestou-se contra a medida. Hamilton aderiu à tese dos poderes implícitos, pois o Banco seria essencial para o governo federal cumprir suas funções. Ou seja, seguiu a ideia de que as atribuições do governo da União incluíam os meios para cumpri-las (KILLENBECK, c2006, p. 27).

Finalmente, Washington assinou a Carta em 25/2/1791 e, como sua duração era de vinte anos, expiraria em 1811 junto com sua carta de criação. O Banco viveu momentos de crise, como o chamado *Panic of 1792*, mas tais momentos foram excepcionais, não a regra (KILLENBECK, c2006, p. 32). Os conflitos políticos ocasionados em torno do Banco foram bastante bipolarizados, o que contribuiu para a gradual criação do bipartidarismo (KILLENBECK, c2006, p. 33).

Em 1808, os acionistas formalizaram um pedido de renovação ao Congresso, que, todavia, se negou a avaliar a questão antes de 1810 (KILLENBECK, c2006, p. 43-44). Em 1811, a renovação voltou à pauta, juntamente com as discussões sobre a constitucionalidade da instituição, com os mesmos argumentos para ambos os lados. No entanto, a renovação não foi aprovada e o Primeiro Banco teve o seu fim selado. Depois de extinto o Primeiro Banco dos EUA, proliferaram os ban-

cos estaduais. Em 1800 eram 28 e, seis anos depois, passavam de 246. Contudo, esses bancos tinham condutas reprováveis, cediam crédito descontroladamente e eram implacáveis em tomar os bens dos devedores (RODRIGUES, 1992, p. 30).

James Madison, em 10/4/1816, depois de aprovação no Legislativo, assinou a Carta criando o Segundo Banco – *The Second Bank of the United States* (KILLENBECK, c2006, p. 63). A criação do Banco está envolta em inúmeras polêmicas como a criação de agências (*branches*) em inúmeros Estados e a crise econômica conhecida como o “Pânico de 1819” (KILLENBECK, c2006, p. 66). A instituição do Banco gerou disputa acirrada em razão do ódio disseminado contra ele. Um dos motivos desse ódio era que ingleses e outros estrangeiros controlavam boa parte de suas ações (WARREN, c1926, p. 504). Fairman ([1948], p. 113) relata que existiam interesses locais que preferiam a facilidade de obtenção de crédito dos bancos que funcionavam sob as leis estaduais e, por isso, eram hostis ao Banco nacional. Além disso, com a crise de 1819, muitos fazendeiros endividaram-se com os bancos e acabaram perdendo suas propriedades. Isso contribuiu para a animosidade contra o Segundo Banco. Além disso, ele foi inútil frente à crise; muitos, inclusive, chegaram a apontá-lo como o causador da depressão (MCDONALD, 2000, p. 72).

Nesse clima de aversão, inúmeras leis surgiram como reação ao Banco. Indiana, em sua Constituição de 1816 (INDIANA, [200-]), proibiu o estabelecimento de bancos vindos de fora do Estado. A Constituição de Illinois de 1818 (ILLINOIS, [1845]) proibiu a existência de qualquer banco que não fosse um banco estadual. Em novembro de 1817, o Tennessee estabeleceu um tributo de US\$50,000 a quaisquer bancos que não fossem de Estados. Em dezembro de 1818, a Carolina do Norte impôs um tributo anual de US\$5,000 às agências do Segundo Banco. Finalmente, em fevereiro de 1818, Maryland estatuiu que as notas emitidas por bancos de fora do Estado deveriam ser tributadas, o que poderia ser substituído por um pagamento anual de US\$15,000. Em 1819, Kentucky e Ohio impuseram tributos ainda mais pesados às agências do Banco, os valores anuais de US\$50,000 e US\$60,000, respectivamente (WARREN, c1926, p. 506).

3 O caso *McCulloch v. Maryland*: seu surgimento e tramitação

Além do tributo, o Estado de Maryland estabeleceu a penalidade de US\$100 para cada nota emitida sem o recolhimento do tributo. O cai-

xa da agência local do Banco nacional, James W. McCulloch, recusou-se a seguir as regras impostas por Maryland, o que resultou na demanda judicial (HAMMOND, 1987, p. 37-38). Assim, o caso³ *McCulloch v. Maryland* foi uma ação de débito contra James W. McCulloch em razão do não recolhimento do tributo que incidia sobre as notas.

O caso foi levado, em 8/5/1818, ao *County Court of Baltimore County* e, depois de uma decisão favorável a Maryland, foi remetido à *Maryland Court of Appeals* (WARREN, c1926, p. 506). Em junho de 1818, foi publicada a decisão defendendo a constitucionalidade do imposto do tributo de Maryland sobre o Banco. Na seqüência, foi interposto um recurso para a Suprema Corte e o caso foi incluído em pauta deste tribunal em 18/9/1818. A argumentação oral só começou em 22/2/1819 e durou nove dias (WARREN, c1926, p. 506-507). Pelo Banco estavam: Daniel Webster, William Pinkney e William Wirt. Em defesa de Maryland: Joseph Hopkinson, Walter Jones e o procurador-geral do Estado Luther Martin. Os debates orais giraram em torno dos seguintes pontos: a natureza da União, a finalidade da cláusula *necessary and proper* (necessário e apropriado) e a extensão do poder dos Estados de tributar. Fundamentalmente, os argumentos variavam em função da concepção de União que cada um tinha (FARBER, 2003-2004, p. 693). Os defensores do Banco encampavam uma definição ampla da *necessary and proper clause*, ao passo que os defensores de Maryland afirmavam que os poderes não conferidos expressamente à União são reservados aos Estados, sendo que entre os poderes con-

feridos expressamente à União não estaria o de criar um banco (FARBER, 2003-2004, p. 693-694).

Daniel Webster foi o primeiro a falar. Argumentou que a constitucionalidade do Banco não era mais uma questão aberta, já que fora arduamente debatida e os outros dois Poderes já a haviam admitido. Sustentou que a Constituição previa os poderes da União, mas que também assegurava poderes implícitos necessários à execução dos poderes expressamente garantidos. Assim, o Banco seria um meio, não meramente um fim (KILLENBECK, c2006, p. 97-98). Além disso, sustentou que o mérito de decidir sobre os melhores meios para execução dos fins não é uma decisão que deve ser tomada pela Corte (FARBER, 2003-2004, p. 694). Partindo para o problema da tributação, Webster questionou: “Se os Estados podem tributar o Banco, qual o limite dessa tributação?” Sustentou ele que o poder ilimitado de tributar concedia também um poder de destruir (FAIRMAN, [1948], p. 114).

Depois de Webster, foi a vez de Joseph Hopkinson, o primeiro advogado de Maryland, que argumentou que usar o Primeiro Banco como precedente de constitucionalidade era um erro, já que a instituição daquele banco podia ter sido necessária naquela época, mas que poderia falhar naquele momento. Também criticou a existência das filiais – *branches* (KILLENBECK, c2006, p. 99-100). Em relação à taxação, afirmou que ela era atribuição de soberania e direito de arrecadar recursos sem os quais o Estado não sobreviveria. Disse ainda que os bancos não estão imunes à taxação. Ademais, segundo ele, os EUA haviam instituído tributos sobre os bancos estaduais (KILLENBECK, c2006, p. 100).

O terceiro a falar foi William Wirt, advogado-geral da União (*attorney general of the U.S.*). Defendeu, assim como Webster, a cons-

³O embate entre direito dos Estados e União também foi levado à Suprema Corte em outros casos, tais como *Fairfax Devisee v. Hunter's Lessee*, *Martin v. Hunter's Lessee* e *Cohens v. Virginia* (UNITED STATES, 1812, 1816, 1821). Ver McDonald (2000, p. 76-79).

titucionalidade do Banco já que a sua criação foi ratificada pelo povo e tornou-se precedente. Sobre o poder de taxar o Banco, afirmou que o governo nacional, por meio do Banco, não poderia ficar dependente da discricionariedade dos governos estaduais (KILLENBECK, c2006, p. 101). Walter Jones, advogado, de prática privada, falou em seguida e argumentou que, embora própria, a criação do Banco não era indispensável. Jones questionou também o fato de uma instituição parceira de bancos ficar isenta dos impostos estaduais, mesmo que se entendesse que os Estados não podiam tributar propriedade dos EUA, com o que ele não concordava (KILLENBECK, c2006, p. 102-103).

O argumento final contra o Banco e a favor de Maryland foi apresentado por Luther Martin, procurador-geral de Maryland (*attorney general of Maryland*). Afirmou, com base em “Os Federalistas” e nos “Debates das Convenções de Virgínia e Nova Iorque”, que o poder dos Estados de tributar seria ilimitado. Sustentou também que, como a Constituição não deu expressamente aos EUA o poder de incorporar bancos, esse poder estaria reservado aos Estados (KILLENBECK, c2006, p. 103-105). Em relação à tributação, disse que o Banco era uma instituição privada, podendo Maryland, dessa forma, taxá-lo. Segundo ele, no Artigo I, Seção 10, os Estados não precisam de autorização do Congresso para impor tributos ou deveres a não ser quando necessário para execução de suas leis de inspeção – *inspection laws* – (KILLENBECK, c2006, p. 105). Luther Martin sustentou também que o poder de destruir por meio da tributação excessiva também poderia ser utilizado pelo governo federal. Assim, seria necessário que houvesse mútua confiança entre os dois níveis de governo (FARBER, 2003-2004, p. 697).

Por último, manifestou-se William Pinkney, que repetiu o argumento de que a discussão sobre a constitucionalidade do Banco não estava mais aberta, pois já fora decidida por diversas autoridades em favor do Banco. Inclusive afirmou que o próprio Judiciário aderira à tese da constitucionalidade do Banco, pois agira *sub silentio*. Houve diversos casos judiciais em que o Banco fora parte e em nenhum deles os juízes se manifestaram sobre a inconstitucionalidade da instituição (KILLENBECK, c2006, p. 106-107). Segundo ele, Maryland foi apenas um dos oito Estados que, mediante leis ou Constituições, se manifestaram contra o Banco. Afirmou que a incorporação do Banco não era um fim em si mesmo, mas um meio para a execução de todos os fins dos EUA. Desse modo, o poder de criação do Banco seria inerente à sua autoridade e soberania (KILLENBECK, c2006, p. 109). Defendeu também que a Corte deveria deferir julgamento feito pelo Congresso ao reconhecer a necessidade de criar o Banco, já que não era atribuição da Corte avaliar o grau de necessidade (FARBER, 2003-2004, p. 695). Especificamente quanto

à taxação, afirmou que a Constituição não precisaria dispor explicitamente sobre a impossibilidade do Estado de tributar propriedade nacional. A imunidade estaria implícita, já que a taxação daria aos Estados o poder de destruir patrimônio nacional (KILLENBECK, c2006, p. 109). Arguiu também que o fato de os EUA tributarem bancos estaduais não valeria para defender o inverso, pois o Congresso nacional representava todo o povo americano e a Assembleia de Maryland, apenas uma parte desse todo (KILLENBECK, c2006, p. 109).

4 A decisão

John Marshall, presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*), foi o responsável por redigir a decisão. Ao decidir, seguiu a defesa arguida em favor do Banco, expondo que a questão da sua constitucionalidade já tinha sido exaustivamente discutida pelos três Poderes, sobretudo pelo Legislativo e pelo Judiciário, que não se manifestou sobre a questão em nenhum dos casos em que o Banco havia sido parte (KILLENBECK, c2006, p. 115-116). Marshall defendeu que a Constituição não era meramente um pacto entre Estados soberanos, mas um documento assinado pelo “povo”. Conforme o trecho abaixo, ele entendia que, embora existissem diversos Estados, o governo da União representava um povo único e não diversos povos⁴: “O Governo da União (qualquer que seja a influência desse fato neste caso) é, enfaticamente e verdadeiramente, o Governo do povo. Em forma e em substância, ele emana dele. Seus poderes são garantidos por ele e são exercidos diretamente sobre ele e para o seu benefício” (UNITED STATES, 1819, tradução nossa). E defendeu sua visão nacionalista segundo a qual a União, apesar de limitada, é suprema dentro de sua esfera de atuação (KILLENBECK, c2006, p. 116; UNITED STATES, 1819)⁵. Os argumentos de Marshall baseavam-se em sua premissa de que o povo confiara ao governo federal os mais importantes poderes, e que a União, portanto, era superior aos Estados, cujos poderes eram confiados por “subconjuntos” do povo (FARBER, 2003-2004, p. 705). Fundava-se a ideia na expressão “Nós, o povo” da Constituição em contraposição ao “Nós, os Estados”, que não aparece no documento.

Quanto à possibilidade da criação do Banco, Marshall afirmou que a Constituição não explicitava a possibilidade de criar um banco, mas

⁴ Ver Farber (2003-2004, p. 701).

⁵ Havia ainda uma polêmica sobre se os EUA eram uma federação ou uma confederação (KILLENBECK, c2006, p. 113).

tampouco a vedava. Sustentou ele que a Constituição não poderia prever todos os poderes, pois, se assim fosse, o texto constitucional seria um mero código legal e de difícil compreensão para o público (KILLENBECK, c2006, p. 117). Disse, então, que aquele que tem o poder de realizar algo detém também o poder de escolher os meios. Marshall escreveu, pois, que todos os meios aptos a atingir um fim dado pela Constituição, desde que não proibidos, são constitucionais. Ao mesmo tempo, responsabilizou o governo por sensatamente sopesar a necessidade dos meios (KILLENBECK, c2006, p. 118-119).

Afirmou que não se encontrava na Constituição frase expressa autorizando a criação de um banco, mas que a Constituição conferia à União as competências de instituir e coletar tributos, emprestar dinheiro, regular comércio, declarar e conduzir guerras e organizar e sustentar os exércitos e a marinha⁶. Assim, o Banco poderia ser o meio escolhido para executar essas competências explicitamente previstas. Expôs, ainda, que não existia na Constituição dispositivo que proibisse poderes incidentais e implícitos ou que requeresse que os poderes previstos deviam ser expressa e minuciosamente descritos (UNITED STATES, 1819). De acordo com o *Chief Justice*, a Constituição, por natureza, trazia apenas as diretrizes gerais (*great outlines*) e os objetivos principais, sendo que os ingredientes menores deveriam ser deduzidos das disposições constitucionais e da própria natureza dos objetos em discussão. Por conseguinte, segundo Marshall, a Constituição não era como uma lei codificada com normas pormenorizadas, detalhadas e prolixas⁷, mas um texto normativo de conteúdo mais aberto. Nesse contexto, Marshall proferiu a frase célebre: “Considerando essa questão, então, nós nunca podemos nos esquecer de que é uma Constituição que estamos expondo” (UNITED STATES, 1819, tradução nossa)⁸.

O *Chief Justice* deixou implícita sua visão de que a Corte é o último árbitro da discussão constitucional, mas que não é o único ator nesse processo, desempenhando os outros Poderes papéis fundamentais também (KILLENBECK, c2006, p. 120). Quanto à tributação, Marshall aderiu às teses de Webster e Pinkney de que o poder de tributar, embora seja um ato de soberania dos Estados, nesse caso é hostil e dá ao Estado o poder de destruir a corporação (KILLENBECK, c2006,

⁶“Although, among the enumerated powers of Government, we do not find the word ‘bank’ or ‘incorporation’, we find the great powers, to lay and collect taxes; to borrow money; to regulate commerce; to declare and conduct a war; and to raise and support armies and navies” (UNITED STATES, 1819).

⁷Ver United States (1819).

⁸No original: “In considering this question, then, we must never forget that it is a *Constitution* we are expounding” (UNITED STATES, 1819, grifo do autor).

p. 121). Marshall afirmou que o povo não desenhara o governo federal para ser dependente dos Estados. Para ele, os Estados não poderiam – por meio da tributação ou de qualquer outro meio – impedir, retardar ou controlar as operações das leis feitas pelo Congresso ou da execução das medidas realizadas pelo governo da União (KILLENBECK, c2006, p. 122). Rejeitou também o argumento contra o Banco de que a expressão *necessary* (“necessário”) limitava a discricionariedade do Congresso para escolher os meios de concretizar as finalidades da União (FARBER, 2003-2004, p. 702). Além disso, afirmou que a Constituição não utilizou a expressão *absolutely necessary* – absolutamente necessário (UNITED STATES, 1819, tradução nossa).

Na decisão, nada havia na opinião de Marshall que não tivesse sido anteriormente debatido no Congresso, nas assembleias legislativas estaduais, em jornais e em panfletos⁹, ou por ele próprio em *United States v. Fisher*, quatorze anos antes de *McCulloch v. Maryland* (WARREN, c1926, p. 503). A opinião de Marshall não é notável por sua originalidade, já que essencialmente todos os seus argumentos já haviam sido expostos em outras oportunidades, inclusive na sustentação oral. No entanto, a forma como expunha as ideias, parecia fazer que sua conclusão era inevitável (FARBER, 2003-2004, p. 699-700).

Sob o voto de Marshall, a Corte foi unânime em reconhecer ao Congresso o poder de criar o Banco e declarar inconstitucional a tributação pelos Estados dos instrumentos do governo nacional¹⁰. Essa unanimidade surpreendeu inclusive aos republicanos, já que dos sete ministros da Suprema Corte apenas dois eram federalistas. Os outros cinco haviam

sido nomeados pelos republicanos, nos mandatos de Thomas Jefferson e James Madison (HAMMOND, 1987, p. 44).

5 O fim do Segundo Banco e consequências da decisão nos EUA

Apesar da vitória na Corte, o Segundo Banco vinha sofrendo inúmeras críticas. Um relatório do *Spencer Comitee* apontava inúmeros erros do Banco e de seus agentes. Para realizar reformas, Langdon Cheves foi nomeado seu novo presidente em 6/3/1819 e promoveu diversas reformas (KILLENBECK, c2006, p. 159). Foram identificados nesses relatórios diversos casos de corrupção e abuso de dirigentes do Banco. Alguns Estados, como Ohio e Geórgia, tentaram resistir à decisão da Suprema Corte (KILLENBECK, c2006, p. 162-164). Cheves saiu em 1823 e Nicholas Biddle entrou em seu lugar (KILLENBECK, c2006, p. 167).

Em 1824, Andrew Jackson, um severo crítico das políticas federais, venceu as eleições presidenciais, derrotando John Adams – o que Biddle e os apoiadores do Banco temiam, pois Jackson tinha inúmeras objeções (econômicas, políticas e constitucionais) em relação ao Banco. Jackson era favorável à soberania dos Estados (KILLENBECK, c2006, p. 167-168). Em janeiro de 1832, petições para renovar a Carta do Banco foram levadas ao Legislativo e ela foi aprovada no Senado por 28 a 20 e na Câmara dos Representantes por 107 a 85 (KILLENBECK, c2006, p. 169).

Contudo, Jackson vetou a Carta em 10/7/1832, defendendo que o Banco não era autorizado pela Constituição e feria os direitos dos Estados e das pessoas, ou seja, era *inconstitucional*. Jackson entendia que o uso da decisão da Corte como precedente era fonte perigosa de autoridade. O veto não apenas tinha em

⁹ Ver Fairman ([1948], p. 114).

¹⁰ Ver Killenbeck (c2006, p. 110).

conta a questão do Banco, mas também punha em xeque a autoridade da Suprema Corte (KILLENBECK, c2006, p. 170-171)¹¹.

Kramer (2004, p. 183) comenta o veto, afirmando que Andrew Jackson, ao se posicionar daquela forma e questionar a autoridade da Suprema Corte como intérprete final da Constituição, opôs-se à teoria da supremacia judicial, defendendo a teoria departamental – ou departamentalismo¹² –, segundo a qual não há um intérprete superior da Constituição, devendo todos os Poderes realizar uma interpretação constitucional coordenada¹³.

Jackson, depois disso, travou longa disputa com o objetivo de retirar o dinheiro federal do Banco. Foi o início do fim, até que em 4/3/1836 a Carta do Banco expirou (KILLENBECK, c2006, p. 173-175). A extinção do Banco foi uma grande vitória para o presidente Andrew Jackson; entretanto, é duvidoso se isso beneficiou a nação americana. O Banco fazia parte da estrutura de governo e a falta de uma autoridade financeira central foi sentida nos anos seguintes (KILLENBECK, c2006, p. 176).

Apesar do fim do banco, a decisão da Suprema Corte no caso *McCulloch* foi utilizada como fundamento em casos posteriores, como *Knox v. Lee* e *Parker v. Davis* (UNITED STATES, 1995a), referentes ao *Legal Tender Act*, reforçando a teoria dos poderes implícitos (KILLENBECK, c2006, p. 179-180). Em decisões relativamente recentes – *United States v. Lopez* e *United States v. Morrison* (UNITED STATES, 1995b, 2000) –, a Corte mostrou restrições ao poder federal e ao Congresso, demonstrando certo flerte com as teorias pró-

Estados. É seguro ainda dizer que as doutrinas adotadas no caso *McCulloch v. Maryland* continuam vigentes. No caso *Gonzales v. Raich* (UNITED STATES, 2005), a Corte utilizou-se novamente do precedente deixado no caso de *McCulloch* (KILLENBECK, c2006, p. 181-183).

Killenbeck (c2006, p. 183) afirma que o caso *McCulloch v. Maryland* foi importante, pois assegurou o futuro da nação, já que conferiu ao governo federal a autoridade para se proteger das ameaças internas e externas. De fato, o caso foi importantíssimo para a consolidação do federalismo norte-americano.

6 *McCulloch vs. Maryland* na jurisprudência do STF

O Estado brasileiro teve um processo histórico e de organização bastante diferente do norte-americano. Assim, o caso *McCulloch vs. Maryland* teria aplicabilidade no Brasil? Em caso positivo, essa aplicação é pertinente?

Antes de tratar das decisões do STF, é importante apontar que a imunidade tributária recíproca está positivada no Brasil desde a Constituição de 1891 (BRASIL, [1926])¹⁴, uma clara influência estadunidense. O mesmo ocorreu com outras Constituições, como a do Canadá (CANADA, [2018]) e a da Austrália (AUSTRALIA, 2010)¹⁵. Doutrinariamente, aceita-se no Brasil o conceito de *competência implícita*, que se “refere à prática de atos ou atividades razoavelmente considerados necessários ao exercício de poderes expressos, ou reservados” (SILVA, 2009, p. 480), indubitável influência norte-americana.

¹¹Hammond (1987, p. 53) também descreve que Jackson acreditava que, como presidente dos Estados Unidos, tinha a mesma autoridade que a Suprema Corte para verificar questões constitucionais.

¹²Tushnet (1999, p. 248) argumenta em sentido semelhante.

¹³Ver Pozen (2010, p. 2.063).

¹⁴Conforme o artigo 10 da Constituição de 1891: “É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente” (BRASIL, [1926]).

¹⁵Ver Wheare (1953, p. 101).

Em relação às decisões no Brasil, ao pesquisar “McCulloch” no banco de decisões do STF aparecem 33 ocorrências¹⁶, todas com alusões ao caso *McCulloch v. Maryland*. Não abordaremos todas elas, mas apenas as de maior relevância, isto é, aquelas que apresentaram maior impacto e cujos fundamentos aparecem em mais de um julgado. São três principais ideias expostas por John Marshall utilizadas pelo STF: a imunidade tributária, o poder de tributar como poder de destruir e a teoria dos poderes implícitos.

Primeiramente, as decisões abordam o caso para mostrar a origem da doutrina das imunidades tributárias implícitas e depois discorrem sobre a evolução dessa doutrina no sentido de não privilegiar particulares à desoneração de contribuir financeiramente com o Estado. Decidiu-se, por exemplo, que a Petrobras não tem imunidade tributária, mesmo nas atividades de seu monopólio, visto que tem acionistas particulares que lucram com a atividade econômica (BRASIL, 2010a).

A decisão norte-americana também já foi utilizada pelos ministros Cezar Peluso (BRASIL, 2013a, p. 10) e Celso de Mello (BRASIL, 2003b, p. 57, 2005b, p. 1.276, 2005c, p. 447, 2011b, p. [29], 2013b, p. [11], 2013c, p. [70], 2014a, p. [8], 2014c, p. 96) para sustentar teses que negam aos entes federativos a tributação de efeito confiscatório, utilizando-se da frase de Marshall de que “o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”.

Todavia, tanto nas decisões referentes à imunidade tributária e das limitações ao poder de tributar, o *McCulloch v. Maryland* aparece apenas como argumento de reforço ou para abrilhantar ainda mais a decisão. Não poderiam ser argumentos centrais de decisões deste tipo, visto que na própria Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017]) está positivada a imunidade tributária e a vedação do efeito confiscatório do tributo (art. 150, IV).

As decisões em que o caso *McCulloch* têm lugar especial na Justiça brasileira não dizem respeito ao Direito Tributário, nem ao federalismo. A teoria dos poderes implícitos aparece como argumento importante na defesa do poder investigatório do MP¹⁷. Esse problema constitucional ganhou inclusive as ruas durante as “Jornadas de Junho” de 2013, em que surgiram diversas demandas. Uma delas foi a campanha “Diga não à PEC 37” (BRASIL, 2011a), na qual os manifestantes se opunham à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que pretendia

¹⁶ Última pesquisa no banco de dados realizada em 15/4/2018.

¹⁷ A teoria dos poderes implícitos também foi utilizada pelo ministro Joaquim Barbosa em seu voto na ADC 12-MC (BRASIL, 2006), que dizia respeito à Resolução nº 7/2005 (BRASIL, 2005a); e pelo ministro Celso de Mello em seu voto no MS 24.510 (BRASIL, 2003a).

vetar ao MP o poder de investigação. A CRFB confere ao MP a competência privativa de promover a ação penal pública (art. 129, inciso I), mas não lhe garante expressamente o poder de investigar os fatos aos quais tem o poder de denunciar. Diferentemente ocorre no plano cível, em que o MP detém a competência expressa de “promover o inquérito civil e a ação civil pública” (art. 129, III). Diversamente, ainda, ocorre com a polícia federal e as polícias civis, para as quais o texto constitucional prevê expressamente a competência para apurar infrações penais (art. 144, § 1º, I e § 4º) (BRASIL, [2017]). Por outro lado, a CRFB não atribui privativamente à polícia a competência de apurar infrações penais, o que faz ao conferir ao MP a competência de promover a ação penal pública.

Assim, surge um problema semelhante ao de *McCulloch v. Maryland*: o MP tem o poder implícito investigatório, já que detém a competência privativa de promover a ação penal pública e, assim, a investigação seria um meio para execução daquele fim ou o *Parquet* não o detém, porque a apuração de fatos não estaria dentro de seus *poderes enumerados*, diferentemente do que ocorre com as polícias?

Percebe-se que, nesse caso, existe a enumeração de competência expressa para outro órgão, o que não ocorre no caso norte-americano, cuja Constituição não previa expressamente a criação de bancos tanto pela União quanto pelos Estados-membros.

O STF decidiu a questão, em sede de repercussão geral, no RE 593.727 (BRASIL, 2015b)¹⁸. Nela, o ministro Gilmar Mendes consagrou novamente a teoria dos poderes implícitos:

¹⁸ Anteriormente, essa questão já tinha sido discutida em diversos outros casos, como nos *Habeas Corpus* 84.548 (BRASIL, 2015a), 85.419 (BRASIL, 2009a), 87.610 (BRASIL, 2009b), 89.837 (BRASIL, 2009c), 90.099 (BRASIL, 2009d), 93.930 (BRASIL, 2010b), 94.173 (BRASIL, 2009e) e 118.280 (BRASIL, 2014b).

Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público.

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 312, item n. XI, 18ª ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos (BRASIL, 2015b, p. [123-124], grifos do autor).

A ministra Rosa Weber também fez menção à *McCulloch v. Maryland*, expondo outros pontos como o discurso do *Chief Justice* na decisão, em que sustentou que a Constituição não deveria ser exaustiva e minuciosa (BRASIL, 2015b, p. [238]). Relacionando-o ao problema do poder investigatório do MP, ela expôs:

Não lhe atribuiu expressamente poderes de investigação, é certo. Entretanto, na esteira do argumento de Marshall, a Constituição não é um corpo de normas fechado, a se interpretar no sentido de que teria esgotado toda regulação normativa das relações entre sociedade e Estado.

[...]

Assim, se a Constituição atribuiu ao Ministério Público a persecução penal, implicitamente lhe conferiu os meios para de-

sempenhá-la a contento, o que inclui a colheita de elementos informativos necessários à configuração da justa causa para a ação penal (BRASIL, 2015b, p. [239-240])¹⁹.

Por maioria, o STF considerou constitucionalmente legítimo o poder investigatório do MP, havendo, contudo, alguns requisitos, como o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados²⁰.

7 Da polêmica a respeito dos poderes investigatórios do MP e aplicabilidade do caso *McCulloch v. Maryland* ao problema

Todavia, o posicionamento do STF não é pacífico. Diversos autores como Silva (2004, p. 368-388), Bitencourt (2007, p. 237-270) e Lopes (2009, p. 86-118) questionavam a possibilidade de o MP investigar, posicionando-se contrariamente ao entendimento hoje adotado pelo STF. Os três autores mencionados argumentam que a teoria dos poderes implícitos só é aplicável aos casos em que a CRFB é omissa – o que não ocorre, já que a competência para investigar fora atribuída expressamente à polícia judiciária (SILVA, 2004, p. 376; BITENCOURT, 2007, p. 260; LOPES, 2009, p. 106)²¹.

No caso norte-americano, a Constituição de fato não atribui expressamente a ninguém o poder de criar um banco, como foi criado. No entanto, apesar de não apresentar previsão expressa, isso não significa

¹⁹ Em decisão mais recente, versando sobre outro assunto, a gestão coletiva de direitos autorais, o ministro relator Luiz Fux utilizou em seu argumento a abertura textual da Constituição apontada por John Marshall: “Em uma democracia, a Constituição é o documento fundante, mas não exauriente do Estado. Isso significa que a resposta para a maioria dos dilemas sociais, embora balizada, não está predefinida na Lei Maior. Cabe a cada geração, através de seus representantes eleitos, disciplinar, com significativa margem de conformação, os conflitos intersubjetivos. Nesse cenário, toda inflação semântica dos enunciados constitucionais implica supressão de espaço de escolha das maiorias eleitas. Bem por isso já advertia o *Chief Justice Marshall*, da Suprema Corte norte-americana, que ‘We must never forget that it is a constitution we are expounding’ (*McCulloch v. Maryland* - 1819)” (BRASIL, 2016, p. [61]).

²⁰ Assim sintetizou o ministro Celso de Mello a tese do STF ao final da decisão: “O Ministério Público *dispõe* de competência para promover, *por autoridade própria*, e por prazo razoável, *investigações* de natureza penal, *desde que respeitados* os direitos e garantias *que assistem* a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, *observadas*, estritamente, por seus agentes, *as hipóteses* de reserva constitucional de jurisdição e, também, *as prerrogativas profissionais* de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (*Lei nº 8.906/94*, artigo 7º, *notadamente* os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), *sem prejuízo* da possibilidade – *sempre presente* no Estado democrático de Direito – *do permanente* controle jurisdicional dos atos, *necessariamente* documentados (*Súmula Vinculante 14*), *praticados* pelos membros dessa instituição” (BRASIL, 2015b, p. [289], grifos do autor).

²¹ “o poder implícito só ocorre quando a Constituição não se ocupa da matéria; segundo, não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro” (SILVA, 2004, p. 376).

que tenha sido “omissa”. A Décima Emenda conferia aos Estados e às pessoas as competências não conferidas à União; dessa forma, poder-se-ia entender que a competência de criar bancos fosse dos Estados e dos particulares. Por outro lado, a cláusula *necessary and proper*, cláusula de caráter ampliativo, abria campo para argumentação em favor da competência congressional para criar um banco com base na teoria dos poderes implícitos. Ou seja, havia uma indeterminação a respeito da competência, mas não uma omissão.

De forma semelhante, embora tenha conferido poderes investigatórios às polícias, a CRFB apresenta cláusula ampliativa no artigo 129, inciso IX, em que, ao elencar as atribuições do MP, prevê que ele pode exercer “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade” (BRASIL, [2017]) – numa espécie de cláusula *necessary and proper* ministerial. Isso quer dizer que outras atribuições que sejam necessárias e apropriadas – “compatíveis com sua finalidade”, nos termos da CRFB – podem ser atribuídas ao MP.

Wald (2005, p. 42-43) argumenta em sentido favorável aos poderes investigatórios do MP, defendendo que a atribuição à polícia de investigar serve a delimitar a esfera de atuação de cada uma das polícias, e não a conferir exclusividade investigatória às polícias, pois há outros órgãos com poderes investigatórios, que não elas. Silva (2004, p. 380), por outro lado, rebate que outros órgãos competentes para investigar – entre eles, as Comissões Parlamentares de Inquérito – tenham suas competências investigatórias igualmente atribuídas pela CRFB.

A grande questão que talvez tenha de ser debatida é aventada por Silva (2004, p. 376): a de verificar se “entre a investigação penal e a ação penal ocorre uma relação entre meio e

fim”, pois o núcleo central da teoria dos poderes implícitos reside na ideia de que o detentor da competência constitucional pode escolher os meios para exercer a finalidade estabelecida pela Constituição, desde que esses meios sejam *necessários e apropriados*.

Em nosso entender, existe essa relação entre meio e fim, já que é inepta a denúncia oferecida pelo MP sem o apontamento dos fatos tidos como criminosos. Assim, é impossível não constatar sua relação causal.

Considerações finais

A decisão *McCulloch v. Maryland* foi muito significativa para a consolidação do governo federal norte-americano e um passo importante na formação da identidade dos EUA como nação. Além disso, a decisão consolidou algumas teorias como a dos poderes implícitos, a da limitação do poder de tributar dos Estados e da visão da Constituição como um texto de diretrizes gerais, cujos pormenores são deduzidos por meio de sua interpretação.

O STF, como se verificou, utilizou tais teorias em suas decisões. Entre elas, destacam-se as relativas ao poder investigatório do MP, em especial o RE 593.727, que julgou a questão com repercussão geral. Embora a teoria dos poderes implícitos, em *McCulloch v. Maryland*, estivesse mais relacionada à repartição de competência relativamente à estrutura federativa dos EUA, foi utilizada num problema constitucional brasileiro que nada tinha a ver com a forma de Estado. Isso demonstra a plasticidade das teorias jurídicas, que podem adquirir, em outro lugar do mundo, aplicabilidade muito diferente da encontrada em seu lugar de origem. Entendemos, inclusive, que a aplicação da teoria apresenta pertinência.

Por conseguinte, o caso *McCulloch v. Maryland* constitui enorme contribuição à história dos EUA e demonstra a força do constitucionalismo norte-americano para influir em outras tradições jurídicas, como na nossa.

Sobre os autores

Cássio Luís Casagrande é doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, PR, Brasil; professor do curso de graduação em Direito e da pós-graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; procurador do Ministério Público do Trabalho, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: cassio_casagrande@hotmail.com

Jônatas Henriques Barreira é mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil.

E-mail: jotahbarreira@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247

(APA)

Casagrande, C. L., & Barreira, J. H. (2019). O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 247-270. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247

Referências

AUSTRALIA. *Australia's Constitution: with overview and notes by the Australian Government Solicitor*. 7th ed. Canberra: Parliamentary Education Office: Australian Government Solicitor, 2010. Disponível em: https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Constitution.aspx. Acesso em: 18 dez. 2018.

BARNETT, Randy E. Necessary and proper. *UCLA Law Review*, [Los Angeles], v. 44, p. 745-793, 1997. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/530a55cae4b0c194bcbd860d/t/530cf8d2e4b05c3d54428772/1393359058818/necessary.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 237-270, maio/jun. 2007.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1926]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 14 dez. 2018.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 37, de 2011*. Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011a. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005*. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. [Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça], 2005a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/bb7adec78873b3bb4a4f80d1ffe101d2.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.062/DF*. Direito constitucional, civil e administrativo. Gestão coletiva de direitos autorais. Lei nº 12.583/2013. Novo marco regulatório setorial. Arguição de violações formais e materiais à Constituição da República Federativa do Brasil [...]. Requerente: ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes *et al.* Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 27 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13065371>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 285.716/SP*. Constitucional. Tributário. Imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição). Imóvel utilizado para sediar condutos de transporte de petróleo, combustíveis ou derivados. Operação pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás. Monopólio da União [...]. Agravante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Agravado: Município de Santos. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 2 de março de 2010a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609665>. Acesso em: 14 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 434.826/MG*. Recurso extraordinário – Imposto Sobre Serviços (ISS) – serviços de impressão gráfica do jornal “Folha Universal” da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) executados por terceiros – considerações em torno do significado e alcance do instituto da imunidade tributária [...]. Agravante: Ediminas S/A Editora Gráfica Industrial de Minas Gerais. Agravado: Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Cezar Peluso. Redator do acórdão: Min. Celso de Mello, 19 de novembro de 2013a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630044>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 754.554/GO*. Recurso extraordinário – alegada violação ao preceito inscrito no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal – caráter supostamente confiscatório da multa tributária cominada em lei – considerações em torno da proibição constitucional de confiscatoriedade do tributo [...]. Agravante: Estado de Goiás. Agravado: Comercial de Alimentos Malagoni Ltda. Relator: Min. Celso de Mello, 22 de outubro de 2013b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4933340>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 831.377/MG*. Recurso extraordinário com agravo (Lei nº 12.322/2010) – pretendida violação ao preceito inscrito no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal – Caráter alegadamente confiscatório da multa tributária cominada em lei [...]. Agravante: KTM Administração e Engenharia Ltda. Agravado: Município de Alfenas. Relator: Min. Celso de Mello, 16 de dezembro de 2014a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688081>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus 84.548/SP*. *Habeas corpus*. 2. Questão de ordem. Renovação da sustentação oral. Alteração substancial da composição do Tribunal. A alteração da composição do Tribunal não autoriza a renovação da sustentação oral [...]. Paciente: Sérgio Gomes da Silva. Impetrante: Roberto Podval *et al.* Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 4 de março de 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630134>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 85.419/RJ*. “*Habeas corpus*” – crimes de roubo, extorsão e usura pecuniária – envolvimento, em referidas práticas delituosas, ao lado de outros autores, de ex-policial civil – possibilidade de o Ministério Público, em tal hipótese, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referidos agentes [...]. Paciente: Evandro Electo; Elizabeth de Fátima Soares Electo. Impetrante: César Teixeira Dias. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de outubro de 2009a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606301>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 87.610/SC*. “*Habeas corpus*” – crimes de tráfico de drogas e de concussão atribuídos a policiais civis – possibilidade de o Ministério Público, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referidos agentes policiais [...]. Paciente: José Evaldo Fernandes; Edson Jair Fernandes. Impetrante: Gladstom de Lima Donola. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de outubro de 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606517>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 89.837*. “*Habeas corpus*” – crime de tortura atribuído a policial civil – possibilidade de o Ministério Público, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referido agente policial [...]. Paciente: Emanuel Loureiro Ferreira. Impetrante: Jason Barbosa de Faria *et al.* Relator: Min. Celso de Mello, 20 de outubro de 2009c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 90.099/RS*. “*Habeas corpus*” – crime de tortura atribuído a delegado e a agentes policiais civis – possibilidade de o Ministério Público, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referidos integrantes da polícia civil [...]. Paciente: Valdecir Versa; Sérgio Pedrosa Martirena; Juarez Francisco Mendonça. Impetrante: Adriana Regoso. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de outubro de 2009d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606518>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 93.930/RJ*. *Habeas corpus*. 2. Poder de investigação do Ministério Público. 3. Suposto crime de tortura praticado por policiais militares. 4. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. 5. Ordem denegada. Paciente: Eduardo Guimarães Monteiro. Impetrante: Anilton Loureiro da Silva. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 2010b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618675>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus 94.173/BA*. “*Habeas corpus*” – crime de peculato atribuído a controladores de empresa prestadora de serviços públicos, denunciados na condição de funcionários públicos (CP, art. 327) – alegação de ofensa ao patrimônio público [...]. Paciente: Antônio Thamer Brutos; Marco Antonio Silveira. Impetrante: Abdon Antonio Abbade dos Reis *et al.* Relator: Min. Celso de Mello,

27 de outubro de 2009e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606303>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 118.280/MG. Habeas corpus*. Corrupção ativa. Agente da polícia civil. Procedimento investigatório promovido pelo Ministério Público. Legitimidade. Trancamento da ação penal. Impossibilidade [...]. Paciente: Romildo Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relatora: Min. Rosa Weber, 18 de março de 2014b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046552>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 24.510-7/DF*. Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de Instrução [...]. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade 12-6/DF*. Ação declaratória de constitucionalidade ajuizada em prol da resolução nº 7, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar. Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Min. Calos Britto, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.661/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade – decreto – adequação. Surgindo do decreto normatividade abstrata e autônoma, tem-se a adequação do controle concentrado de constitucionalidade. Tributo – IPI – alíquota – majoração – exigibilidade [...]. Requerente: Democratas – DEM. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de outubro de 2011b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1837739>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Questão de Ordem em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.551-1/MG*. Ação direta de inconstitucionalidade – taxa de expediente do Estado de Minas Gerais – DPVAT – incidência da referida taxa de expediente sobre as sociedades seguradoras [...]. Requerente: Confederação Nacional do Comércio *et al.* Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais; Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello, 2 de abril de 2003b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266148>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 240.785/MG*. Tributo – base de incidência – cumulação – impropriedade. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro [...]. Recorrente: Auto Americano S/A Distribuidor de Peças. Recorrida: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 de outubro de 2014c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630123>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 346.084-6/PR*. Constitucionalidade superveniente – artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998 – Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. Tributário – institutos – expressões e vocábulos – sentido [...]. Recorrente: Divesa Distribuidora Curitiba de Veículos S/A. Recorrida: União. Relator: Min. Ilmar Galvão, 9 de novembro de 2005b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261096>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 390.840-5/MG*. Constitucionalidade superveniente – artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998 – Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. O sistema jurídico

brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. Tributário – institutos – expressões e vocábulos – sentido [...]. Recorrente: Unimed Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Recorrida: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de novembro de 2005c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261694>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 550.769/RJ*. Constitucional. Tributário. Sanção política. Não-pagamento de tributo. Indústria do cigarro. Registro especial de funcionamento. Cassação. Decreto-Lei 1.593/1977, art. 2º, II [...]. Recorrente: American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos Ltda. Recorrido: União; Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 22 de maio de 2013c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5569814>. Acesso em: 17 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 580.264/RS*. Constitucional. Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Imunidade tributária recíproca. Sociedade de economia mista. Serviços de saúde. [...]. Recorrente: Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Redator do acórdão: Min. Ayres Britto, 16 de dezembro de 2010c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628371>. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 593.727/MG*. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República [...]. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 14 de maio de 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 17 dez. 2018.

CANADA. [Constitution (1867)]. *Constitution Act, 1867*. [Ottawa, ON]: Justice Laws Website, [2018]. Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-1.html>. Acesso em: 18 dez. 2018.

CORWIN, Edward Samuel. *John Marshall and the Constitution: a chronicle of the Supreme Court*. [S. l.: s. n., 1918]. (Chronicles of America Series, v. 16). *E-book*. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/ebooks/3291>. Acesso em: 18 dez. 2018.

ESTADOS UNIDOS. [Constituição (1787)]. *Constituição dos Estados Unidos da América – 1787*. [São Paulo]: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, [200-]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919-constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 14 dez. 2018.

FAIRMAN, Charles. *American constitutional decisions*. New York: H. Holt, [1948].

FARBER, Daniel A. The story of *McCulloch*: banking on national power. *Constitutional Commentary*, [Minneapolis], v. 20, p. 679-716, 2003-2004. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1446&context=facpubs>. Acesso em: 18 dez. 2018.

HAMMOND, Bray. The bank cases. In: GARRATY, John Arthur (ed.). *Quarrels that have shaped the Constitution*. rev. ed. New York: Perennial Library, 1987. p. 37-56.

ILLINOIS. [Constitution (1818)]. *Constitution of Illinois*. [S. l.]: Illinois Digital Archives, [1845]. Disponível em: <http://www.idaillinois.org/cdm/ref/collection/isl2/id/167>. Acesso em: 14 dez. 2018.

INDIANA. [Constitution (1816)]. *Full text of the 1816 Constitution*. [Indianapolis]: Indiana Archives and Records Administration, [200-]. Disponível em: <https://www.in.gov/iara/2778.htm>. Acesso em: 14 dez. 2018.

KILLENBECK, Mark Robert. *McCulloch v. Maryland: securing a nation*. Lawrence, KS: University Press of Kansas, c2006. (Landmark Law Cases & American Society).

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LOPES, Fábio Motta. A inconstitucionalidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 10, n. 57, p. 86-118, ago./set. 2009.

MADISON, James. Federalist No. 45. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. [New York]: New American Library, [1961].

MCDONALD, Forrest. *State's rights and the union: imperium in imperio, 1776-1876*. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 2000. (American Political Thought).

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília, DF: Ed. UnB: Ed. Finatec, 2008.

POZEN, David E. Judicial elections as popular constitutionalism. *Columbia Law Review*, [New York], v. 110, n. 8, p. 2.047-2.134, Dec. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708253&download=yes. Acesso em: 18 dez. 2018.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, c1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 368-388, jul./ago. 2004.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

UNITED STATES. [Constitution (1787)]. *The Constitution of the United States*. [Washington, DC: s. n., 1992]. Disponível em: <http://constitutionus.com/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264. First Party: Philip and Mendes Cohen. Second Party: Virginia. March 4, 1821. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/19/264/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee*, 11 U.S. 603. 1812. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/603/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *Gonzales, Attorney General et al. v. Raich et al.* No. 03-1454. June 6, 2005. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/545/03-1454/index.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304. First Party: Denny Martin. Second Party: Hunter's Lessee. March 19, 1816. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/14/304/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4. First Party: McCulloch. Second Party: Maryland. March 5, 1819. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *Parker v. Davis*, 900 F. Supp. 788. October 23, 1995a. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/900/788/2262706/>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *United States v. Fisher* 6 U.S. 2 Cranch 358. 1805. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/6/358/case.html>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *United States v. Lopez*. No. 93-1260. April 26, 1995b. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/549/case.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

_____. Supreme Court. *United States v. Morrison et al.* No. 99-5. May 15, 2000. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/529/598/case.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

WALD, Arnaldo. A investigação direta pelo Ministério Público: uma interpretação institucional. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 22, p. 37-56, 2005.

WARREN, Charles. *The Supreme Court in United States history*. Toronto: Little Brown, c1926. v. 1.

WHEARE, Kenneth Clinton. *Federal government*. 3rd ed. London: Oxford University Press, 1953.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X

