

# Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 223

Brasília | julho – setembro/2019

Ano 56

SENADO FEDERAL



# **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



Brasília | ano 56 | nº 223  
julho/setembro – 2019



#### 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 ORIGINALS: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Gláucia Cruz, Marcus Aurélio Oliveira e Rejane Campos. CAPA: <Serviço de Multimídia>. 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 Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro, 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 Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Sciar, 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, Porto Alegre, 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 Cerezzo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsim, 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. Cândice 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. Emílio 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 Brasiliense 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 Iensue, 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. Handell 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. Jaqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, 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 Renato Gaziero Cella, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, 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. Juciane 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 Laurentis, 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 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. Marilsa 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 / Dra. 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. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, 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 / Dr. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimaraães, 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 Bielschoswky, 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 Luís 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 Valtecedes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, 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. Thiago 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. Virgínia 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 Rothenberg, 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

Antônio Maristrello Porto é doutor em Direito pela University of Illinois, Urbana, Illinois, Estados Unidos da América; mestre pela University of Illinois, Urbana, Illinois, Estados Unidos da

América; professor da graduação e do mestrado em Direito da Regulação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia e vice-diretor da Escola de Direito da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Armando N. G. L. Martins é mestre em Economia pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, RJ, Brasil; graduado em Direito pela UFF, Niterói, RJ, Brasil; perito técnico especializado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Carlos Rosano Peña é doutor em Economia pela Peoples' Friendship University of Russia, Moscou, Rússia; pós-doutor e mestre pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professor associado da pós-graduação em Agronegócio e Economia da UnB, Brasília, DF, Brasil. / Claudia Paim Furlanetto é mestre em Engenharia de Infraestrutura e Meio Ambiente pela Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil; doutoranda em Educação na Universidade do Porto, Porto, Portugal; especialista em Direitos Humanos pelo Instituto Superior de Filosofia Berthier, Passo Fundo, RS, Brasil. / Cristiano Lange dos Santos é doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul, RS, Brasil, com estágio doutoral na Universidade de Burgos, Burgos, Espanha; integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens da Unisc, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. / Cynthia Soares Carneiro é doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora do curso de graduação e mestrado acadêmico da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil. / Dã Filipe Santos de Abreu é mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; servidor da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; advogado, Recife, PE, Brasil. / Elisa Vieira Leonel é mestre em Administração Pública pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Ciência Política na UnB, Brasília, DF, Brasil; pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações; superintendente de Relações com Consumidores da Agência Nacional de Telecomunicações, Brasília, DF, Brasil. / Gabriela Borges Silva é mestre em Direito da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-graduada em Direito Empresarial pela FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogada. / Gabriela Vasconcelos Lima é mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; doutoranda em Direito na Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal. / Jamil Civitarese é mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Administração Pública na FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduado em Economia pelo IBMEC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; *head of research* da Polvo Capital, São Paulo, SP, Brasil. / João Manoel de Lima Junior é doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor da graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / João Pedro Kostin Felipe de Natividade é mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; sócio no escritório Natividade Sociedade de Advogados, Curitiba, PR, Brasil. / Lilia Maia de Moraes Sales é doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; pós-doutora pela Columbia University, Nova Iorque, Estados Unidos da América; professora do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). / Márcio Lório Aranha é doutor em Ciências Sociais (Estudos Comparados sobre as Américas) pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; pós-doutor em Direito pela University of Southern California, Los Angeles, CA, Estados Unidos da América; professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da UnB, Brasília, DF, Brasil; diretor do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB (CCOM/UnB) e do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório (NDSR/FD/UnB), Brasília, DF, Brasil; presidente do corpo editorial da Revista de Direito Setorial e Regulatório (*Journal of Law and Regulation*), Brasília, DF, Brasil. / Otávio Moreira do Carmo Júnior é mestre em Agronegócio pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Gestão Pública pela Faculdade Fortium, Taguatinga, DF, Brasil; bacharel em Economia pela Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus, BA, Brasil; servidor público do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Brasília, DF, Brasil. / Rafael Soares Leite é mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; procurador do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. / Vânia Lúcia Ribeiro Vieira é mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutoranda em Direito na Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Direito Administrativo pela UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; procuradora federal da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil; procuradora-chefe da Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, DF, Brasil. / Wilson Sales Belchior é mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, CE, Brasil; especialista em Direito Processual Civil pela Unifor, Fortaleza, CE, Brasil; graduado em Direito pela Unifor, Fortaleza, CE, Brasil.

# Sumário

- 11 **Tecnologia *Blockchain* e Direito Societário**  
**Aplicações práticas e desafios para a regulação**  
Antônio Maristrello Porto  
João Manoel de Lima Junior  
Gabriela Borges Silva
- 31 **A nova inviolabilidade parlamentar**  
**Um estudo de sua construção jurisprudencial no Brasil**  
Dã Filipe Santos de Abreu
- 51 **Gestão de conflitos no contencioso cível de volume**  
***Online Dispute Resolution* como instrumento para a redução do passivo jurídico de corporações**  
Líliã Maia de Moraes Sales  
Wilson Sales Belchior  
Gabriela Vasconcelos Lima
- 77 **Sobre o requisito de “grave violação de direitos humanos” no incidente de deslocamento de competência**  
**Aportes do Direito Internacional**  
Rafael Soares Leite
- 99 **Adoção internacional**  
**A importância dos relatórios pós-adoptivos para a proteção da criança brasileira no país dos adotantes**  
Cynthia Soares Carneiro
- 123 **A resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado**  
João Pedro Kostin Felipe de Natividade
- 149 **A implantação da TV digital no Brasil**  
**Governança colaborativa como vetor de eficácia**  
Vânia Lúcia Ribeiro Vieira  
Elisa Vieira Leonel  
Márcio Lório Aranha

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

- 171 O papel da lei no século XXI à luz da cibernética**  
Jamil Civitarese  
Armando N. G. L. Martins
- 191 Participação feminina na política**  
**Exame da Lei nº 12.034/2009 e a previsão de cotas de gênero**  
Cristiano Lange dos Santos  
Claudia Paim Furlanetto
- 213 Análise envoltória de dados**  
**Eficiência dos contratos de georreferenciamento na Administração Pública**  
Otávio Moreira do Carmo Júnior  
Carlos Rosano Peña

# Tecnologia *Blockchain* e Direito Societário

Aplicações práticas e desafios para a regulação

ANTÔNIO MARISTRELLO PORTO  
JOÃO MANOEL DE LIMA JUNIOR  
GABRIELA BORGES SILVA

**Resumo:** O presente trabalho pretende analisar aspectos jurídicos da tecnologia *Blockchain*, em particular com relação aos contratos inteligentes e às suas aplicações no âmbito do Direito Societário. A *Blockchain* tem o potencial de reduzir custos, aumentar a segurança e a confiabilidade, bem como garantir maior transparência às operações financeiras (pagamentos, remessas internacionais etc.) e aos negócios jurídicos em geral. Representa igualmente novos e significativos desafios para os operadores do Direito que precisam adequar-se ao surgimento dessa tecnologia. Pretende-se identificar as principais aplicações dessa tecnologia no campo jurídico, bem como analisar os seus potenciais pontos positivos e negativos.

**Palavras-chave:** *Blockchain*. Societário. Assembleias gerais. Contratos inteligentes.

## **Blockchain technology and corporate law: practical applications and challenges for regulation**

**Abstract:** This paper aims to analyse legal aspects of the Blockchain technology, in particular, regarding smart contracts and the technology uses to the field of corporate law. Blockchain technology has the potential to reduce costs, increase security and reliability, and ensure greater transparency for financial operations (payments, international transfer etc.) and legal business as a whole. Represents, equally, significant new challenges for lawyers who need to adjust their law practice for the emergence of the technology. This paper intends to identify the main applications of Blockchain in the legal sphere, analysing its potential positive and negative aspects.

Recebido em 9/5/19  
Aprovado em 9/7/19

**Keywords:** Blockchain. Corporate law. Annual general meetings. Smart contracts.

# 1 Introdução

A tecnologia *Blockchain* surgiu como alternativa ao modelo de armazenamento de dados e operações digitais; não depende de uma organização central ou hierárquica responsável pela intermediação, além de disporem seus integrantes das mesmas capacidades e responsabilidades na manutenção do armazenamento de dados (ANDRIGHI, 2018, p. 607).

Em síntese, a *Blockchain* corresponde à base de armazenamento e registro de dados integralmente digital, na qual podem ser realizados negócios e operações financeiras por meio da codificação computacional. Os dados são mantidos em “blocos” e anexados a registros em uma “cadeia” (daí o termo *blockchain*) na rede mundial de computadores (internet); suas informações são compartilhadas por uma rede de participantes, que podem, por meio de assinatura criptografada, validar qualquer informação adicionada à *Blockchain*.

Os usuários participantes de uma rede *Blockchain* desempenham papel fundamental na manutenção da credibilidade e segurança dos dados armazenados, uma vez que todos poderão monitorar o cumprimento e a execução dos termos codificados, além de o anonimato das partes garantir a ausência de *bias* no processo, de modo a reforçar ainda mais a segurança.

A primeira aplicação da *Blockchain* que ganhou destaque foi o desenvolvimento da moeda digital denominada *Bitcoin*<sup>1</sup>. Não obstante, são inúmeras as possibilidades de aplicação da *Blockchain*, entre as quais: (i) contratos digitais autoexecutáveis (*smart contracts*); (ii) ativos inteligentes que podem ser controlados via *Blockchain* por meio de contratos automatizados (*smart property*);<sup>2</sup> (iii) desenvolvimento de novos sistemas de governança com maior participação democrática, tais como sistemas de votação; e (iv) organizações descentralizadas autônomas que podem operar sem qualquer interferência externa.

O presente trabalho propõe-se compreender os principais aspectos dessa tecnologia, suas vantagens e desvantagens, bem como analisar sua aplicabilidade ao campo jurídico, em especial, no âmbito do Direito Societário. Para tanto, pretende-se analisar as noções referentes à *Blockchain* com

---

<sup>1</sup> “*Bitcoin* é uma moeda digital, descentralizada, parcialmente anônima, sem qualquer lastro instituído por governo ou outra entidade legal. A integridade do *Bitcoin* se baseia em uma rede *peer-to-peer* sem intermediários e criptografada” (GRINBERG, 2012, p. 160, tradução nossa). No original: “*Bitcoin* is a digital, decentralized, partially anonymous currency, not backed by any government or other legal entity, and not redeemable for gold or other commodity. It relies on peer-to-peer networking and cryptography to maintain its integrity”.

<sup>2</sup> “A título exemplificativo, é teoricamente possível que contratos inteligentes sejam elaborados a fim de autorizar que códigos inseridos na fechadura eletrônica de um imóvel para locação possam gerenciar com segurança as locações, pagamentos e ocupações desse imóvel, sem a necessidade de interação direta do proprietário” (ANDRIGHI, 2018, p. 611).

base numa revisão bibliográfica sobre o tema, por meio de consulta às bases de dados internacionais como a *Social Science Research Network* (SSRN) e a *Journal Storage* (JSTOR). Dessa forma, serão abordadas suas principais características, modalidades e origem, com o intuito de situar o leitor nesse tema e apresentar as principais aplicabilidades da *Blockchain*. Em seguida, analisa-se a aplicação da *Blockchain* ao Direito Societário, com destaque para os *smart contracts* (contratos inteligentes). Por fim, serão expostas as potenciais vantagens e desvantagens da utilização dessa tecnologia e os desafios para a sua regulação.

## **2 Compreendendo a tecnologia *Blockchain* e suas implicações**

Nesta seção objetiva-se abordar os principais aspectos da *Blockchain*, com base na literatura jurídica e da ciência da computação, com o intuito de compreender as características técnicas e as repercussões econômicas e jurídicas da aplicação da tecnologia na prática. Para tanto, trata-se inicialmente da descrição da origem da tecnologia e de suas nuances técnicas. Em seguida, serão apresentadas as diferentes possibilidades de aplicação prática da *Blockchain* no campo jurídico.

### **2.1 Panorama da tecnologia *Blockchain***

A *Blockchain* tornou-se mundialmente conhecida por viabilizar a criação das moedas digitais. A discussão sobre o seu uso para outros fins ainda está em fase embrionária, principalmente no que diz respeito à sua aplicabilidade ao Direito. Para compreender o amplo espectro do uso dessa tecnologia, é necessário antes de tudo explorar como funciona a tecnologia *Blockchain* e os seus matizes técnicos e jurídicos.

Do ponto de vista da ciência da computação, pode-se compreender que é uma tecnologia utilizada para a manutenção de um banco de dados composto por registros distribuídos, descentralizados, compartilhados e mantidos acessíveis por uma rede de computadores conectados em base *peer-to-peer*,<sup>3</sup> de modo que os participantes da rede possam compartilhar e reter documentos idênticos, protegidos criptograficamente e os registros continuem imutáveis (BLEMUS, 2017, p. 13). Essas definições técnicas provocam a necessidade de se esclarecerem as principais ca-

---

<sup>3</sup>Entende-se por base *peer-to-peer* uma plataforma na qual é possível a colaboração direta entre os usuários, sem depender de servidores administrados por terceiros (MOENNINGHOFF; WIEANDT, 2013).

racterísticas inerentes à tecnologia *Blockchain*: (i) a descentralização; (ii) o consenso de rede; e (iii) a imutabilidade.

Atribui-se a característica de descentralização à *Blockchain*, pois os dados nela armazenados não ficam dispostos em servidores específicos, mas processados em diversos computadores conectados pela internet. De maneira elucidativa, Andriighi (2018, p. 608) exemplifica que, em vez de exigir que uma instituição seja responsável pela intermediação e pela garantia de autenticidade de um pagamento, a própria plataforma *Blockchain* assume esse papel de maneira automatizada.

Na ausência de um intermediário de confiança, a validação de uma transação depende, pois, de um processo de obtenção de consenso entre todos os nós da rede *peer-to-peer* (participantes). Trata-se de sistema mantido por seus participantes e não por um administrador ou órgão central que controle o banco de dados.

Daí advém a segunda característica da *Blockchain* – o consenso –, que é gerado e mantido de forma descentralizada e que pode, por consequência, melhorar a segurança e a estabilidade do sistema e reduzir os poderes centralizados em terceiros. Segundo Aleixo (2017), numa rede *Blockchain* não há intermediários responsáveis por garantir o reconhecimento ou a veracidade dos dados, tendo em vista que toda essa sistemática é regulada por um *software* executado automaticamente por usuários conectados à internet.

De uma perspectiva mais filosófica sobre o tema, Almeida (2018, p. 49) argumenta que a rede *Blockchain* amplia o horizonte da teoria do Estado, oferecendo novas possibilidades conceituais, baseando-se no argumento hobbesiano do Estado como solução para o problema da coordenação social. O autor inclusive suscita a necessidade de um debate acerca da revisão da teoria do Estado, de modo que compreenda a

*Blockchain* como uma possível solução para o problema da confiança entre cidadãos no momento da celebração contratual.

Na rede *Blockchain*, para produzir e manter a estrutura de outorga de consenso descentralizado, sem uma autoridade central, os protocolos são projetados para incentivar a manutenção de registros por uma comunidade de detentores de registros descentralizados, reduzindo, assim, a possibilidade de manipulação e adulteração dos dados e deliberações. Cada bloco de informações integrante do banco de dados contém um registro do bloco anterior para garantir a imutabilidade de cada transação. Dessa forma, os blocos são encadeados e, como resultado, a fim de se modificar uma transação, não só seria necessário modificar o bloco em questão, mas também os blocos seguintes; quando um bloco é fechado, torna-se imutável na plataforma da rede.

Disso resulta que a tecnologia *Blockchain* é capaz de promover mais transparência e a confiabilidade das informações reunidas na rede sem a necessidade de uma instituição centralizadora para outorgar autorização e assumir a responsabilidade pela verificação da veracidade dos dados inseridos e das transações efetuadas (LAFARRE; ELST, 2018, p. 9).

O primeiro estudo que mencionava a tecnologia *Blockchain* remonta a 1991, no qual Haber e Stornetta (1991) já descreviam algumas de suas funcionalidades; mas somente em 2008 a *Blockchain* foi conceituada por Satoshi Nakamoto, pseudônimo utilizado pelo autor do artigo<sup>4</sup>. Nakamoto ([2008], p. 1) popularizou a tecnologia *Blockchain* quando publicou o artigo descrevendo a tecnologia e implementando seu uso na criação de um sistema de pagamentos

---

<sup>4</sup> A identidade do desenvolvedor ou do grupo de desenvolvedores permanecia desconhecida até a redação final do presente trabalho.

eletrônicos baseado na criptomoeda *Bitcoin*. Segundo Nakamoto ([2008]), a forma mais simples da tecnologia envolve um banco de dados descentralizado que, de forma autônoma, mantém uma cadeia de blocos, nos quais são armazenados dados protegidos de eventuais adulterações em razão da criptografia.

Outras formas de utilização da tecnologia *Blockchain* surgiram posteriormente com diferentes adaptações de exclusividade, transparência e manutenção dos registros. Apesar de uma infinidade de definições, descrições e aplicações, a tecnologia e suas várias funcionalidades compartilham uma característica central: a necessidade do consenso entre os participantes da rede para que sejam validadas as alterações nas sequências dos blocos. Dessa forma, o principal aspecto disruptivo dessa tecnologia é justamente fornecer tal validação por meio de consenso de rede, de maneira descentralizada pelos participantes, possibilitando a melhoria da segurança e da estabilidade do sistema, bem como reduzindo a centralização de poderes por terceiros.

Como o consenso é essencial para muitas funções econômicas e sociais, a descentralização de poder proporcionada pela *Blockchain* afeta instituições que tradicionalmente centralizam os poderes do mercado e da sociedade, como tribunais, governos, instituições financeiras, *clearings*, serviços notariais, que exercem tal função frequentemente de maneira burocrática, demorada, custosa e propensa a erros.

As inseguranças das atividades dessas instituições que realizam o papel de mediadoras aumentam os custos dos negócios, os quais ao final são repassados aos consumidores ou às partes de certo negócio jurídico. Dessa maneira, a utilização da *Blockchain* tem também a vantagem de reduzir os custos atrelados à necessidade de um terceiro intermediário responsável por assegurar a confiabilidade dos registros, na medida em que não há necessidade de validá-los.

Assim, o potencial transformador da tecnologia *Blockchain* não se restringe a promover a redução de custos e o aumento da eficiência de um negócio. O principal aspecto relacionado a essa tecnologia é a ruptura do paradigma de necessidade de intermediação para conferir segurança e transparência a determinados negócios jurídicos (ALEIXO, 2017).

## 2.2 Aplicações da *Blockchain* no campo jurídico

Atualmente, a forma mais difundida da *Blockchain* relaciona-se a fins financeiros, tais como armazenamento e utilização de moedas digitais, ferramentas que possibilitam empréstimos *peer-to-peer*, pagamentos e remessas internacionais de valores com maior agilidade e menores custos. Os pagamentos por meio de *Bitcoin*, por exemplo, são organizados em blocos e registrados em uma espécie de registro eletrônico público que utiliza a tecnologia *Blockchain*. Essas operações são verificadas, validadas e registradas em ordem cronológica, sem a intervenção de intermediários em qualquer das etapas (TELLES, 2017, p. 208-209).

No entanto, a *Blockchain* também pode ser aplicada para outras funcionalidades, incluindo registros de propriedades, comprovações de autoria e propriedade intelectual, contratos automatizados, remessas internacionais de valores, emissão de títulos privados, organizações descentralizadas autônomas, armazenamento remoto e distribuído de dados na nuvem, além de produtos financeiros diversos (ALEIXO, 2017).

Para Wright e De Filippi (2015, p. 10), a mudança de paradigma com o surgimento da tecnologia *Blockchain* poderá conduzir à ascensão de um novo ramo do Direito, que os autores denominam *Lex Cryptographia*, que teria por objeto regular negócios administrados por meio de contratos inteligentes automatizados

e organizações descentralizadas (autônomas). Nesse contexto, a teoria jurídica deveria incumbir-se do papel de explorar as formas da utilização da tecnologia que estão surgindo, de modo a avaliar seu futuro impacto na sociedade e os vários riscos para os negócios jurídicos vigentes e para a atuação governamental.

A utilização da *Blockchain* diminui as possibilidades de falha humana, além de tornar menos custosos os mecanismos de controle de cumprimento e execução dos contratos. No ambiente digital, instrumentos de controle – auditoria contábil, por exemplo – demandariam muito menos tempo e recursos financeiros que as opções tradicionais, sem mencionar estarem menos propensas a qualquer equívoco de cálculo, tendo em vista que as fórmulas já seriam automatizadas pelo sistema.

No Brasil, a *Blockchain* já tem sido adotada para tornar disponíveis serviços de autenticação de documentos. Um dos pioneiros é o Cartório Azevedo Bastos, localizado em João Pessoa (PB) (ANDRIGHI, 2018, p. 610); em parceria com uma *start-up* denominada OriginalMy, o cartório oferece o serviço de autenticação digital para pessoas jurídicas por meio de uma rede *Blockchain*.

Por outro lado, a aplicação da *Blockchain* para fins jurídicos também suscita preocupações relacionadas às questões de governança corporativa, de segurança e de proteção de direitos fundamentais (como as liberdades individuais).

Entre as muitas aplicações relacionadas à tecnologia *Blockchain*, os contratos automatizados ou “inteligentes”, conhecidos como *smart contracts*, parecem ser um dos mais promissores a ganharem notoriedade.

### **3 Smart contracts e Blockchain**

#### **3.1 O que são os contratos inteligentes (*smart contracts*) e quais suas possíveis aplicações no Direito Societário?**

A primeira referência ao conceito de *smart contract* (contrato inteligente) foi elaborada por Szabo (1997, tradução nossa): “contratos inteligentes combinam protocolos com interfaces de usuário [...] para formalizar e proteger relações por meio de redes de computadores”.<sup>5</sup> A despeito da atribuição de conceito aos contratos inteligentes por Nick Szabo, atualmente não existe definição unânime para contratos inteligentes, principalmente porque especialistas em computação e juristas têm

---

<sup>5</sup>No original: “smart contracts combine protocols with user interfaces [...] to formalize and secure relationships over public networks”.

percepções diferentes do que seja um contrato. Segundo Szabo (1997), nesse texto sobre contratos inteligentes, os operadores do Direito definem o contrato como instrumento formalmente vinculativo entre as partes, ao passo que os engenheiros de computação o compreendem como um código de programação, ou seja, um arranjo de dados e instruções ao computador para a execução programada de ações.

Não obstante, ainda que não haja um conceito pacífico do que sejam os contratos inteligentes, sua funcionalidade central é clara: são executados de forma automatizada, mediante o uso de plataformas que dispensam o envolvimento humano na validação das informações depois de sua elaboração e armazenamento na rede *Blockchain* (CONG; HE, 2018, p. 9).

A finalidade dos contratos inteligentes é tornar mais segura e confiável a execução dos contratos tradicionais, dispensando a necessidade de intermediários. Como consequência, decorrem também algumas vantagens econômicas, tais como a potencial diminuição de ocorrência de fraudes, de eventual judicialização de resolução de conflitos e minoração dos custos envolvidos, tanto os de transação (COOTER; ULEN, 2010, p. 209-211), quanto os de implementação.

Na concepção de Wright e De Filippi (2015, p. 10-11, tradução nossa), os contratos inteligentes utilizam a tecnologia *Blockchain* para implementar um negócio jurídico:

Com a utilização de um banco de dados distribuído, como o *blockchain*, as partes podem confirmar que um evento ou condição ocorreu de fato sem a necessidade da intermediação de um terceiro. Como resultado, a tecnologia deu vida a um conceito teórico formulado pela primeira vez em 1997: contratos digitais, computadorizados, nos quais o desempenho e o cumprimento das condições contratuais ocorrem automaticamente, sem a necessidade de intervenção humana [...]. Em alguns casos, os contratos inteligentes representam a implementação de um negócio jurídico, cujas disposições legais foram formalizadas em código na rede *Blockchain*. As partes contratantes podem, assim, estruturar suas relações de maneira mais eficiente, de maneira autoexecutável e sem a ambiguidade das palavras. A confiança no código-fonte permite que as partes interessadas modelem o desempenho contratual e simulem a eficiência do contrato antes mesmo da execução. Em outros casos, os contratos inteligentes introduzem novas possibilidades de utilização por meio de rede codificada que são definidas e aplicadas automaticamente pelo código, mas que não estão vinculados a quaisquer direitos ou obrigações contratuais subjacentes. Na medida em que um *blockchain* permite a implementação de transações autoexecutáveis, as partes podem transacionar livremente entre si, sem a necessidade técnica de celebrar um contrato obrigatório padrão.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>No original: “Using a distributed database, like the blockchain, parties can confirm that an event or condition has in fact occurred without the need for a third party. As a result, the technology has breathed life into a theoretical concept first formulated in 1997:

A fase de execução dos contratos tradicionais é permeada de riscos subjacentes ao negócio celebrado. Assim, no curso da vigência contratual podem advir situações de imprevisibilidade que necessitem da intervenção de terceiros, normalmente instituições – tais como o Poder Judiciário ou um tribunal arbitral, conforme o caso –, que serão responsáveis por assegurar o cumprimento das cláusulas acordadas entre as partes.

De modo diverso, quando um contrato é implementado por meio da tecnologia *Blockchain*, sua execução poderá ser automatizada, o que proporciona a mitigação desses riscos, dada a previsibilidade garantida pelos códigos programados com base nessa tecnologia. O poder de coordenação da *Blockchain* não apenas facilita operações financeiras e negócios jurídicos, como também possibilita a execução e a interconexão de uma variedade de contratos inteligentes. Dessa forma, vários contratos inteligentes podem formar organizações descentralizadas autônomas que operam de acordo com regras e procedimentos específicos predefinidos por contratos com protocolos de programação preestabelecidos (WRIGHT; DE FILIPPI, 2015, p. 19).

Assim, uma organização autônoma descentralizada (DAO, *decentralized autonomous organization*) tem por objetivo codificar as regras de funcionamento e a estrutura de uma organização, eliminando a necessidade de documentos e da interação direta com pessoas, criando uma estrutura com controle descentralizado. Como as DAOs são baseadas na *Blockchain* e, por conseguinte, não operam em jurisdição específica alguma, a lei aplicável e o tratamento jurídico para tais organizações ainda são indeterminados. A indeterminação com relação à legislação aplicável a um *smart contract* é um desafio da perspectiva regulatória, tendo em vista que, diante do não cumprimento das obrigações, como e onde seriam dirimidas quaisquer questões se as partes estão localizadas em países distintos?

O conceito de DAO foi definido pelo fundador da plataforma *Ethereum*,<sup>7</sup> Vitalik Buterin, como “um contrato inteligente de longo prazo

---

digital, computable contracts where the performance and enforcement of contractual conditions occur automatically, without the need for human intervention [...]. In some cases, smart contracts represent the implementation of a contractual agreement, whose legal provisions have been formalized into source code. Contracting parties can thus structure their relationships more efficiently, in a self-executing manner and without the ambiguity of words. Reliance on source code enables willing parties to model contractual performance and simulate the agreement's performance before execution. In other cases, smart contracts introduce new codified relationships that are both defined and automatically enforced by code, but which are not linked to any underlying contractual rights or obligations. To the extent that a blockchain allows for the implementation of self-executing transactions, parties can freely transact with one another, without the technical need to enter into a standard contractual arrangement”.

<sup>7</sup>A respeito da plataforma *Ethereum*, vale transcrever o registro de Aleixo (2017): “A *Ethereum* permite que qualquer usuário construa e opere contratos inteligentes a partir de sua base comum de dados (*blockchain*) associada a uma linguagem de programação própria, voltada a fazer com que todo esse processo seja o mais direto possível. Embora cada projeto operando a tecnologia *blockchain* possua vantagens e limitações em particular, é

que contém ativos e que pode codificar o estatuto de toda uma organização” (BUTERIN, [200-], p. 1).<sup>8</sup> Em 30/4/2016, a primeira DAO<sup>9</sup> foi lançada, com o objetivo de ser um meio de arrecadar fundos para financiar projetos paralelos da plataforma *Blockchain Ethereum*. Denominada DAO.Link, a organização possuía um *website*, no qual foi realizado um *crowdsale*<sup>10</sup> de 28 dias com o intuito de angariar fundos para financiar a organização. Os participantes adquiriam *tokens* virtuais, cujo pagamento era realizado com *Ether*, criptomoeda do *Blockchain Ethereum*. Estima-se que à época foram arrecadados mais de 150 milhões de dólares em *Ether*.

A DAO.Link sofreu um ataque em 17/6/2016 por um *hacker* anônimo, quando cerca de 40 a 50 milhões de dólares investidos em *Ether* foram momentaneamente desviados. Não houve perda real dos valores, devido aos termos da rede *Ethereum*, que garantiam como mecanismo de segurança um período de retenção dos valores caso houvesse tentativa de desvio ou de invasão do sistema. Não obstante, os membros da DAO demandaram o resgate dos valores arrecadados em *Ether*, que foram convertidos em dólares e transferidos para as contas dos usuários. O ataque expôs as vulnerabilidades da organização, desestabilizando um dos pilares da tecnologia *Blockchain*: a segurança e, conseqüentemente, reduzindo a confiança dos participantes da organização (ELST; LAFARRE, 2017, p. 1).

Embora a DAO.Link tenha sido concebida como uma rede *peer-to-peer* completamente descentralizada, os fundadores reconheceram que um dos problemas era justamente a falta de uma estrutura hierárquica para tomar decisões que dependessem de uma resposta imediata. Sobre esse aspecto, afirma Jentzsch (2016, tradução nossa):

[A] falta de autoridade centralizada necessária para tomar decisões rápidas foi sentida fortemente ao longo da história da DAO. Esta é, no entanto, a natureza dos sistemas descentralizados, e é ao mesmo tempo uma bênção e uma maldição. Isso é exemplificado pelo fato de que mesmo pequenos *posts* de Vitalik foram interpretados como decisões, mesmo que ele apenas tenha dado sua opinião.<sup>11</sup>

---

de especial importância enfatizar que a *Ethereum* foi a primeira a ser criada explicitamente com o intuito de manter uma *blockchain* em cima da qual seja fácil criar, operar e manter contratos inteligentes. A rede da *Ethereum* mantém, em suma, uma *blockchain* melhorada e otimizada para usos gerais”.

<sup>8</sup>No original: “long-term smart contracts that contain the assets and encode the bylaws of an entire organization”.

<sup>9</sup>Com o objetivo de conferir uma estrutura legal ao DAO, seus fundadores constituíram uma sociedade na Suíça, denominada DAO.Link, registrada como *Société de Responsabilité Limitée* (modalidade societária no Direito Suíço semelhante aos moldes de uma sociedade limitada no Direito brasileiro).

<sup>10</sup>*Crowdsale* relaciona-se a uma modalidade de *crowdfunding* realizada por meio de *tokens* de criptomoedas.

<sup>11</sup>No original: “the lack of centralized authority needed to make quick decisions was felt strongly throughout the history of DAO. This is however the nature of decentralized

A experiência da DAO.Link demonstrou que organizações (totalmente) descentralizadas podem sofrer com problemas de governança, justamente pela ausência de uma autoridade centralizadora. A despeito do episódio ocorrido com a DAO.Link, os *smart contracts* e as organizações autônomas descentralizadas têm o potencial de melhorar o ambiente corporativo e, portanto, oferecem outras possibilidades de facilitar o relacionamento entre os membros da administração de uma companhia e seus acionistas.

Um exemplo possível é a aplicação da tecnologia *Blockchain* nas sociedades empresárias e no Direito Societário, em especial no âmbito da realização das assembleias gerais. Apesar de seu importante papel na governança corporativa, os modelos e estruturas de realizações das assembleias permanecem inalterados desde o século XIX, em que pese a intensa modernização do Direito Societário e de décadas de evolução tecnológica.

A aplicação da tecnologia *Blockchain* em assembleias gerais poderia ser útil para solucionar uma série de falhas recorrentes nesses conclaves, que normalmente apresentam (i) altos custos de realização, dadas as exigências de publicação de atos em jornais de grande circulação, gastos dos acionistas com deslocamento etc.; (ii) altos custos de transação para deliberação, uma vez que nem sempre as partes estão dispostas a cooperar ou não disponibilizam todas as informações que detêm; (iii) comportamentos oportunistas de burla aos procedimentos legais, tais como o descumprimento dos quóruns exigidos para convocação, instalação e deliberação, entre outros; e (iv) falta de transparência.

As assembleias das companhias abertas tendem a ser eventos de custos significativos para as sociedades e com baixa participação dos acionistas. À medida que crescem os investimentos transnacionais, há mais pressão por maior engajamento dos investidores, demandando-se, portanto, uma solução segura, econômica e flexível que facilite a participação dos acionistas e o voto a distância.

Os principais problemas com os atuais sistemas de deliberação nas companhias relacionam-se com transparência, verificação e identificação – questões que estão diretamente ligadas às vantagens da *Blockchain* (ELST; LAFARRE, 2017, p. 1). Em possível utilização da tecnologia em assembleia geral de uma companhia, todos os registros (manifestações de voto, por exemplo) seriam adicionados a uma rede *Blockchain*, na qual seriam replicados e atualizados automaticamente em bancos de dados idênticos monitorados pelos acionistas, que poderiam verificar os registros por meio da *Blockchain*. A segurança é estabelecida porque os

---

systems, and is both a blessing and a curse. This is exemplified by the fact that even little posts by Vitalik were interpreted as decisions, even though he just gave his opinion”.

blocos contêm transações encadeadas em blocos por ordem cronológica, de modo que, a fim de alterar um bloco, seria preciso alterar todos os outros blocos anteriores no registro.

Numa rede *Blockchain* privada, acessível apenas aos acionistas e à companhia, os *smart contracts* permitiriam que assembleias gerais de companhias abertas fossem programadas previamente de acordo com as regras de convocação, instalação e deliberações das assembleias contidas no estatuto da companhia e na legislação aplicável. Quando fossem inseridas na rede *Blockchain* as informações sobre certa proposta de deliberação, os acionistas titulares de ações da companhia seriam imediatamente informados e poderiam exercer o direito de voto durante um curto período, além de acompanhar as deliberações e verificar o seu histórico de votos.

A *International Securities Services Association* tem um grupo de trabalho somente para desenvolver pesquisas sobre a tecnologia *Blockchain*. Em novembro de 2017, foi divulgado o relatório de pesquisa intitulado *General Meeting Proxy Voting On Distributed Ledger* (NATIONAL SETTLEMENT DEPOSITORY, 2017, p. 10), que teve por objeto analisar o uso da tecnologia *Blockchain* para fins de realização de assembleias gerais de companhias, propondo ao final sete diretrizes a serem seguidas nos processos deliberativos de companhias:

- (i) convocação da assembleia: são incluídas na *Blockchain* informações sobre a realização da assembleia geral, como a delimitação da ordem do dia, do material de apoio disponível para consulta, a definição da data de registro preliminar dos participantes da assembleia e da data de realização da assembleia geral;
- (ii) registro dos participantes da assembleia geral: os participantes da *Blockchain* (acionistas) serão notificados para manifestar seu interesse de participar da assembleia, a

fim de que se proceda ao registro preliminar na *Blockchain*;

(iii) emissão de *tokens* para o exercício do direito de voto: serão emitidos *tokens* para todos os acionistas que tenham sido preliminarmente registrados, a fim de que possam proferir voto sobre as matérias da ordem do dia, levando-se em consideração as eventuais restrições de voto decorrentes de aspectos pessoais do acionista ou do tipo de ação detida;

(iv) autenticação: validação do usuário ao qual foi atribuído *token*. O relatório propõe que o processo de autenticação ocorra fora do ambiente *Blockchain*; mas, de qualquer maneira, a prova de autenticação deve ser armazenada na *Blockchain*;

(v) atribuição de Proxy: possibilidade de transferir os direitos de voto do usuário para procurador ou terceiro elegível;

(vi) votação/assembleia geral: emissão dos votos pelos participantes da *Blockchain* por meio de seus *tokens*; e

(vii) reunião de gerenciamento: transmissão ao vivo da assembleia geral on-line, *chat* e vários serviços acessórios, incluindo a abertura e encerramento da assembleia e o processamento e distribuição dos resultados.

Com a tecnologia *Blockchain*, as assembleias gerais poderão tornar-se ainda mais transparentes e confiáveis e, por conseguinte, poderão reduzir ainda mais os custos para os acionistas. Aliás, essa é uma das grandes vantagens do uso dessa tecnologia para a realização de assembleias gerais, uma vez que possibilita que as companhias não realizem assembleias presenciais dispendiosas, reduzindo significativamente os custos. Os recentes estudos e testes desenvolvidos sobre o uso da tecnologia *Blockchain* na modernização de assembleias gerais mostram que existem condições para aplicação da tecnologia à votação de acionistas em larga escala.

O projeto de plataforma de votação eletrônica em assembleia (*e-vote*) desenvolvida pela Nasdaq, Inc. na Estônia foi o primeiro a aplicar tecnologia *Blockchain*. Em fevereiro de 2016, a Nasdaq, Inc., em cooperação com o governo estoniano, anunciou um projeto piloto de votação de assembleias gerais por meio da rede *Blockchain* em companhias listadas na Bolsa de Valores Nasdaq Tallinn.<sup>12</sup> A Nasdaq, Inc. justificou a escolha do projeto na Estônia em razão de esse país ser o único que tem registro de identificação inteiramente digital, o que facilita o procedimento, visto que todas as pessoas que participam da assembleia precisam ser identificadas, para diminuir os riscos de fraude (IS BLOCKCHAIN..., 2017). Em 23/1/2017, a Nasdaq, Inc. anunciou que o projeto fora um sucesso e que expandiria os estudos e testes em *Blockchain* na área de mercado de capitais (NASDAQ..., 2015).

Além desse exemplo, o uso da tecnologia *Blockchain* em assembleias gerais também foi replicado pela *Abu Dhabi Securities Exchange (ADX)*, Bolsa de Valores em Abu Dhabi, capital dos Emirados Árabes. O projeto implementado permite, por meio do uso da tecnologia *Blockchain*, que os investidores usem o voto eletrônico em assembleias e acessem os registros da companhia por meio de *e-tokens*.

Embora a maioria dos projetos de uso da tecnologia *Blockchain* ainda esteja em fase exploratória, iniciativas como a desenvolvida pela Nasdaq, Inc. e a ADX desempenham um papel importante no aperfeiçoamento de seu uso.

São inúmeros os benefícios que a tecnologia *Blockchain* pode proporcionar para a modernização das relações dos acionistas com a companhia; mencione-se, apenas a título meramente ilustrativo, a possibilidade de flexibilização da exigência prevista no art. 124 da Lei nº 6.404/1976 (BRASIL, [2019]), que demanda a publicação de anúncio de convocação de assembleia por três vezes em jornal de grande circulação e no diário oficial. Tal exigência tornar-se-ia completamente anacrônica caso fosse implementada a realização de assembleias gerais por meio de plataformas utilizando a *Blockchain*. Afinal, todos os acionistas participariam da rede e, portanto, teriam ciência de maneira automática da convocação de assembleia.

Por fim, é válido mencionar a possibilidade de utilizar a *Blockchain* para o registro de ações e de suas transferências, em substituição ao atual sistema de registro realizado em livros físicos (em papel) e eletrônicos ou em contas de depósito pelo custodiante em determinados casos. Desse modo, o uso da tecnologia *Blockchain* viabilizaria a modernização do

---

<sup>12</sup> A Bolsa de Valores Nasdaq Tallinn opera em Tallinn, capital da Estônia. Para mais informações, ver Nasdaq... (c2019).

armazenamento de informações e escrituração de ações, além de garantir mais segurança e transparência a procedimentos internos de companhias, sem falar na substancial eliminação de custos.

Nos Estados Unidos, adotando o preceito de uso da tecnologia para a modernização da prática corporativa, Arizona, Nevada e Delaware foram os primeiros estados a reconhecer juridicamente a validade jurídica da utilização de redes eletrônicas de dados em *Blockchain* para a manutenção de registros dos “livros societários” e de atos societários.<sup>13</sup>

Além disso, o Banco Santander S.A. e a *fintech* Boadrige Financial Solutions, Inc. implementaram, em parceria, a tecnologia *Blockchain* para a realização de assembleia geral, com a intenção de promover mais transparência e eficiência nas deliberações. Em colaboração com o JP Morgan e Northern Trust como bancos custodiantes, conduziram o projeto em 23/3/2018. O projeto foi executado paralelamente à assembleia geral, com

---

<sup>13</sup>Sobre isso Blemus (2017, p. 11, tradução nossa) ressalta que “[a] Arizona House adotou em março de 2017 uma lei que reconhece legalmente a tecnologia *Blockchain* e é uma de suas primeiras tentativas de definição em um texto legal: uma ‘tecnologia de contabilidade distribuída que usa um *ledger* distribuído, descentralizado, compartilhado e replicado, que pode ser público ou privado, com permissão ou sem permissão, ou orientado por economia de criptografia. Os dados na rede são protegidos por criptografia, são teoricamente imutáveis e auditáveis e fornecem uma verdade sem censura’. O estado de Nevada também aprovou uma lei que reconhece a validade legal da tecnologia *Blockchain* em junho de 2017. O Projeto de Lei 398 do Senado de Nevada proibiu os governos locais de Nevada de taxar ou impor condições de licenciamento ao uso da *Blockchain*, diferentemente da perspectiva implementada nos requisitos de ‘*BitLicense*’ de Nova York. Também foi elaborada uma definição de *Blockchain*: ‘um registro eletrônico de transações ou outros dados que é: (1) ordenado uniformemente; (2) mantido ou processado de forma redundante por um ou mais computadores ou máquinas para garantir a consistência ou não repúdio das transações registradas ou outros dados; e (3) validado pelo uso de criptografia’. O outro interessante reconhecimento legal de *Blockchain* em nível estadual nos EUA ocorreu no estado de Delaware. Empresas com sede em Delaware foram autorizadas a usar ‘redes eletrônicas ou bancos de dados’, entre os quais livros de contabilidade distribuída, para registrar seus registros (contabilidade, livros de contabilidade e atas de livros) para preparar listas de acionistas e registros de transferência de estoque. Esses registros corporativos mantidos em rede *Blockchain* são ainda definidos como ‘válidos e admissíveis em evidência [...] na mesma medida que um registro em papel original’”. No original: “The Arizona House has adopted in March 2017 a bill which legally recognizes Blockchain technology and is one of its first attempted definition in a legal text: a ‘distributed ledger technology that uses a distributed, decentralized, shared and replicated ledger, which may be public or private, permissioned or permissionless, or driven by tokenized crypto economics or tokenless. The data on the ledger is protected with cryptography, is theoretically immutable and auditable and provides an uncensored truth’. The State of Nevada has also passed a bill which recognizes the legal validity of the Blockchain technology in June 2017. The Nevada Senate Bill 398 has prohibited Nevada local governments from taxing or imposing licensing conditions to the use of the Blockchain, which is a very different direction than the New York ‘BitLicense’ requirements. A definition of Blockchain has also been drafted: ‘an electronic record of transactions or other data which is: (1) uniformly ordered; (2) redundantly maintained or processed by one or more computers or machines to guarantee the consistency or nonrepudiation of the recorded transactions or other data; and (3) validated by the use of cryptography’. The other interesting Blockchain legal recognition in a US State-level has taken place in the State of Delaware. Corporates based in Delaware have been authorized to use ‘electronic networks or databases’, among which distributed ledgers, for recording its records (stock ledger, books of account and minutes books) in order to prepare stockholders’ list and stock transfer records. These corporate records kept on distributed ledgers are even defined as ‘valid and admissible in evidence [...] to the same extent as an original paper record’”.

a *Blockchain* sendo utilizada para produzir um registro digital “sombra” da votação no modelo tradicional (SANTANDER..., 2018).

### 3.2 Possíveis vantagens e desvantagens do uso da *Blockchain* para fins societários

Um dos principais atributos da tecnologia *Blockchain* é o consenso de rede descentralizado. Economistas reconhecem há muito que o consenso permite que agentes com perspectivas divergentes desenvolvam incentivos para interagir em sociedade e que o consenso tem implicações profundas no funcionamento da sociedade, incluindo ética, contratação e aplicação, entre outros (CONG; HE, 2018, p. 7).

A parte que fornece o consenso centralizado geralmente detém alto poder de mercado (por exemplo, um terceiro com monopólio sobre a inserção e tráfego de dados em uma plataforma eletrônica), e a resolução de conflitos por terceiros, como tribunais ou árbitros, envolve altos graus de intervenção humana, que são menos precisos que algoritmos, levando potencialmente a maior incerteza e custo. Nesse sentido, a utilização dos contratos inteligentes pode aumentar a segurança do cumprimento dos termos contratados e facilitar a troca de dinheiro, propriedade, ações, serviço, ou qualquer ativo de valor.

Assim, a confiabilidade proporcionada pelo consenso descentralizado impõe maior distribuição de informações, e o impacto geral do ponto de vista econômico está longe de ser óbvio. Atingir consenso descentralizado requer a distribuição de informações entre os participantes da rede, o que mitiga a assimetria informacional e os riscos inerentes aos negócios jurídicos. Com o *Bitcoin* por exemplo, o consenso é alcançado e mantido por meio da distribuição de todas as informações da operação financeira (com endereços de proprietário criptografados por chave pública) para todos os integrantes da *Blockchain*,

de modo que todos os detalhes da operação (exceto identidades) são registrados, o que significa dizer que, consensualmente, essas informações são públicas.

Uma questão suscitada pelos pesquisadores Cong e He (2018, p. 10) é que, quando se cogita de utilizar a *Blockchain* no campo empresarial, há de se considerar a privacidade inerente aos negócios. Por exemplo: instituições financeiras são tipicamente sensíveis a revelar os detalhes de operação financeira para partes não relacionadas – e no Brasil, legalmente proibidas, conforme dispõe a Lei Complementar nº 105/2001 (BRASIL, 2001), que dispõe sobre o sigilo de operações de instituições financeiras. Além disso, a distribuição de informações de forma ampla também pode afetar a organização e competição do mercado.

De acordo com esses autores, a geração de consenso descentralizado também leva inevitavelmente a maior conhecimento da condição do negócio pela comunidade com acesso à rede *Blockchain*, que pode fomentar o conluio entre os participantes de um determinado mercado. Contudo, esse incentivo perverso pode ser mitigado pela impossibilidade virtual de se identificarem as informações confidenciais na rede *Blockchain*, já que os blocos são compostos por informações criptografadas.

Em contraste com o mundo tradicional, onde os participantes do mercado não observam as atividades de negócios uns dos outros, no mundo *Blockchain* eles poderiam inferir a condição comercial registrada na *Blockchain*, caso conseguissem decifrar as informações criptografadas. A crítica e a preocupação de Cong e He (2018) podem ser facilmente contrapostas à possibilidade de criação de organizações autônomas descentralizadas, que se baseiam numa rede *Blockchain* privada, na qual somente serão integrantes membros da companhia, acionistas ou terceiros interessados.

Isso, contudo, desencadearia outros problemas: (i) quais seriam as exigências legais para publicidade e auditoria por parte das autoridades se todas as deliberações no âmbito da companhia se dessem privadamente, com restrição de acesso de terceiros?; (ii) como definir a jurisdição diante da necessidade de solução de conflitos (especialmente em se tratando de sociedades empresárias transnacionais)?; (iii) como impor responsabilidade pelo compartilhamento de informação confidencial disponibilizada no âmbito da assembleia geral?; e (iv) como estabelecer critérios de governança corporativa?

Apesar disso, cabe ressaltar alguns pontos positivos da tecnologia *Blockchain*. O consenso descentralizado, a despeito dessas críticas, também pode ser favorável ao ambiente empresarial, uma vez que pode mitigar o problema de assimetria de informações. Tendo em vista que a disponibilização de informações pode ser benéfica ao mercado, já que reduziria os custos de transação, os agentes privados podem solucionar os problemas das externalidades<sup>14</sup> entre si, desde que os custos de transação não sejam excessivos. Qualquer que seja a distribuição inicial dos direitos, as partes interessadas sempre podem chegar a um acordo, de modo que ao final todos ficam numa situação melhor.

Segundo o Teorema de Coase, quando os custos de transação são suficientemente baixos, os recursos serão usados eficientemente (COOTER; ULEN, 2010, p. 99). Coase (1988, p. 714, tradução nossa) é ainda mais incisivo ao criticar a ocultação de informações, inerentes às organizações empresárias:

A empresa na teoria econômica *mainstream* tem sido frequentemente descrita como uma “caixa preta”. E assim é de fato. Isso é atípico, uma vez que a maioria dos recursos de um sistema econômico moderno são empregados dentro de companhias, e a forma como esses recursos são usados depende das decisões administrativas, e não diretamente da operação de um mercado. Consequentemente, a eficiência do sistema econômico depende em grande parte de como essas organizações conduzem seus negócios, particularmente, é claro, as companhias.<sup>15</sup>

Coase (1988) defende a disponibilização de informações da “caixa preta” das companhias, o que implica diminuir a assimetria informacional,

---

<sup>14</sup> As externalidades podem ser entendidas como os custos ou benefícios que não são internalizados pelo indivíduo ou pela entidade em suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros.

<sup>15</sup> No original: “The firm in the mainstream economic theory has often been described as a ‘black box’. And so it is. This is very extraordinary given that most resources in a modern economic system are employed within firms, with how these resources are used dependent on administrative decisions and not directly on the operation of a market. Consequently, the efficiency of the economic system depends to a very considerable extent on how these organizations conduct their affairs, particularly, of course, the modern corporation”.

facilitar e descentralizar a forma de tomada de decisões no âmbito das companhias, justamente o que a *Blockchain* poderá propor-se a fazer. As organizações autônomas descentralizadas, com base na *Blockchain*, possibilitam a diminuição dos custos de transação (sob a perspectiva econômica), o que, por sua vez, poderia impactar diretamente as despesas incorridas pela companhia para a realização de assembleias e registros societários, por exemplo.

Em suma, a tecnologia *Blockchain* poderá impactar as formas de contratação, deliberação e compartilhamento de dados, exercendo tal função de maneira segura do ponto de vista técnico, não sendo necessário um sistema central ou um poder centralizador para controlar as atividades, proporcionando diminuição dos custos de transação e demais custos inerentes aos processos de deliberação.

Deve-se atentar, contudo, em que o desenvolvimento – e, conseqüentemente, a regulação da tecnologia – está em estágio apenas inicial, o que gera muita incerteza quanto à qualificação jurídica e econômica das moedas virtuais, *tokens*, *smart contracts* e outras modalidades de aplicação, tais como a indefinição da jurisdição em caso de necessidade de solucionar eventuais conflitos, os prejuízos à concorrência de mercado, a disponibilidade de informações sigilosas, entre outros possíveis problemas advindos do uso da tecnologia.

Andrighi (2018, p. 614-615) tece críticas ao uso da *Blockchain* que merecem destaque. A primeira corresponde à competência para dirimir eventuais controvérsias decorrentes de conflitos advindos de contratos digitais gravados no ambiente digital. Por se tratar de uma tecnologia descentralizada e pelo fato de as plataformas não terem um servidor específico, a definição da jurisdição e da legislação aplicável pode ser um desafio. A tecnologia causa impactos diretos em matéria de responsabilidade civil e

gera questões controversas para a ordenação jurídica dos *smart contracts*. É necessário, por exemplo, delimitar a responsabilidade civil dos participantes da rede por danos provados pela utilização de informação que resulte equivocada ou danosa na rede *Blockchain* pública ou privada. Outra crítica formulada por Andrighi (2018) relaciona-se à ausência de previsão legal para o reconhecimento da validade de documentos armazenados em *Blockchains*, como meio de comprovação de propriedade e existência dos bens correspondentes à contratação.

À luz de tais críticas, pode-se concluir que o surgimento da tecnologia *Blockchain* e sua aplicabilidade para fins jurídicos ainda demanda análise mais cuidadosa da academia jurídica para a definição da regulação adequada à defesa de informações públicas e privadas nas relações empresariais e societárias, que confira maior segurança jurídica e estabilidade às partes que celebrem negócios jurídicos em tal ambiente.

Como a regulação da tecnologia está em estágio apenas inicial, há muita incerteza quanto à qualificação jurídica e econômica de suas diversas aplicações, de modo que a aplicação da *Blockchain* no Direito Societário brasileiro exigiria relevante alteração legislativa.

## 4 Conclusão

Ao longo deste trabalho buscou-se demonstrar o impacto da tecnologia *Blockchain* na realização de operações financeiras e negociações jurídicas, analisando suas vantagens e desvantagens, e de que maneira isso poderá impactar o Direito Societário brasileiro.

A *Blockchain* diz respeito à utilização de sistema de codificação computacional para o desenvolvimento de base de armazenamento e registro de dados digitais, os quais são organizados em blocos e anexados a registros em

cadeia cronológica, formando a *Blockchain*. Tal rede de banco de dados é estruturada de maneira descentralizada, de forma que não há autoridade central que coordene e organize os dados nele armazenados. São os próprios participantes que adicionam as informações à plataforma, determinam seu funcionamento e controlam a execução e cumprimento de uma obrigação.

Dessa forma, pode-se dizer que a *Blockchain* torna desnecessário um intermediário central para a concretização de determinada operação. Em razão dessa característica, a *Blockchain* é considerada disruptiva, pois trata-se de tecnologia que não somente viabiliza, mas também facilita operações financeiras, negócios jurídicos, armazenamento de dados e até mesmo a estruturação de uma organização inteira.

Nesse sentido, outro aspecto relevante é que a *Blockchain* possibilita a celebração de contratos de potencial concepção e execução inteiramente digitais, os denominados *smart contracts*. A *Blockchain* automatiza a execução das obrigações e garante maior segurança e confiabilidade na celebração dos *smart contracts* em comparação com os contratos tradicionais, uma vez que os termos e condições do negócio jurídico celebrado são programados previamente na rede.

Com isso, diminuem-se os riscos inerentes à contratação, tais como os custos de transação e de execução dos contratos. Diante das vantagens proporcionadas pelo uso da *Blockchain* (como a segurança, a confiabilidade e a previsibilidade), a defesa de sua aplicabilidade em vários tipos de negócios ou áreas da economia tem-se expandido rapidamente. Atualmente, discutem-se inúmeras formas de implementar o uso também da tecnologia aos negócios jurídicos e às operações financeiras, existindo experiências de seu uso para a realização de assembleias gerais de companhias, bem como para registros de ações e outras rotinas societárias.

Por outro lado, por se tratar de uma tecnologia incipiente, seu uso ainda causa receios e preocupações aos operadores do Direito. Afinal, onde seriam dirimidos os conflitos advindos de contratos celebrados por meio de uma plataforma *Blockchain*? Em questões de territorialidade, quais seriam os critérios de estabelecimento da jurisdição aplicável aos contratos? Admitir-se-iam como provas processuais os dados e informações armazenados na plataforma?

Essas são apenas algumas das muitas questões controversas sobre o uso e aplicabilidade da tecnologia *Blockchain*, as quais deverão ser oportunamente dirimidas pela academia e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De toda forma, a expansão da tecnologia *Blockchain* no âmbito societário é inevitável, cabendo aos legisladores e reguladores a tarefa de assegurar a definição do regime jurídico adequado para o uso da tecnologia, de modo a incentivar sua utilização e conferir segurança jurídica aos participantes do mercado.

## Sobre os autores

Antônio Maristrello Porto é doutor em Direito pela University of Illinois, Urbana, Illinois, Estados Unidos da América; mestre pela University of Illinois, Urbana, Illinois, Estados Unidos da América; professor da graduação e do mestrado em Direito da Regulação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia e vice-diretor da Escola de Direito da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: antonio.maristrello@fgv.br

João Manoel de Lima Junior é doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor da graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: joao.junior@fgv.br

Gabriela Borges Silva é mestre em Direito da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; pós-graduada em Direito Empresarial pela FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogada.

E-mail: gbsgabrielaborges@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

PORTO, Antônio Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges. Tecnologia *Blockchain* e Direito Societário: aplicações práticas e desafios para a regulação. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 11-30, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p11)

(APA)

Porto, A. M., Lima, J. M. de, Jr., & Silva, G. B. (2019). Tecnologia *Blockchain* e Direito Societário: aplicações práticas e desafios para a regulação. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 11-30. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p11](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p11)

## Referências

ALEIXO, Gabriel. Como o *bitcoin* e os *smart contracts* estão transformando os modelos de negócios. *E-gov*, [Florianópolis], 5 nov. 2017. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/como-o-bitcoin-e-os-smart-contracts-est%C3%A3o-transformando-os-modelos-de-neg%C3%B3cios>. Acesso em: 15 jul. 2019.

ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. Coordenação social, confiança e Estado: revisitando os pressupostos do contratualismo liberal à luz da “*blockchain*”. In: ALMEIDA, Danilo dos Santos; MARCHIORI NETO, Daniel Lena (org.). *Revisitando o liberalismo político*. Rio Grande: Ed. Furg, 2018. p. 41-67. (Estudos em Filosofia do Direito, v. 3). Disponível em: <https://ri.furg.br/images/Revisitando-o-Liberalismo-Poltico--CORRIGIDO.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O surgimento da tecnologia *blockchain* e dos contratos inteligentes (*smart contracts*): funcionamento e desafios jurídicos. In: YARSHELL, Flávio

LUIZ; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. v. 3.

BLEMUS, Stéphane. Law and blockchain: a legal perspective on current regulatory trends worldwide. *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, Paris, v. 4, p. 1-15, 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001*. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm). Acesso em: 15 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm). Acesso em: 15 jul. 2019.

BUTERIN, Vitalik. A next-generation smart contract & decentralized application platform. *Ethereum*, [s. l.], p. 1-36, [200-]. Disponível em: [https://cryptorating.eu/whitepapers/Ethereum/Ethereum\\_white\\_paper.pdf](https://cryptorating.eu/whitepapers/Ethereum/Ethereum_white_paper.pdf). Acesso em: 19 jul. 2019.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market, and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

CONG, Lin William; HE, Zhiguo. Blockchain disruption and smart contracts. *Social Science Research Network*, [s. l.], p. 1-40, Dec. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2985764>. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2985764](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985764). Acesso em: 16 jul. 2019.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ELST, Christoph van der; LAFARRE, Anne. Bringing the AGM to the 21st century: blockchain and smart contracting tech for shareholder involvement. *European Corporate Governance Institute*, [s. l.], n. 358, p. 1-25, June 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2992804>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2992804>. Acesso em: 16 jul. 2019.

GRINBERG, Reuben. Bitcoin: an innovative alternative digital currency. *Hastings Science & Technology Law Journal*, [New Haven], v. 4, n. 1, p. 159-207, 2012. Disponível em: [https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1063&context=hastings\\_science\\_technology\\_law\\_journal](https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1063&context=hastings_science_technology_law_journal). Acesso em: 17 jul. 2019.

HABER, Stuart; STORNETTA, W. Scott. How to time-stamp a digital document. *Journal of Cryptology*, Morristown, NJ, v. 3, n. 2, p. 99-111, Jan. 1991.

IS BLOCKCHAIN the answer to e-voting? Nasdaq believes so. *Nasdaq*, [s. l.], Jan. 23, 2017. Disponível em: <https://business.nasdaq.com/marketinsite/2017/Is-Blockchain-the-Answer-to-E-voting-Nasdaq-Believes-So.html>. Acesso em: 16 jul. 2019.

JENTZSCH, Christoph. The history of the DAO and lessons learned. *Slock.it Blog*, [s. l.], Aug. 24, 2016. Disponível em: <https://blog.slock.it/the-history-of-the-dao-and-lessons-learned-d06740f8cfa5>. Acesso em: 16 jul. 2019.

LAFARRE, Anne; ELST, Christoph van der. Blockchain technology for corporate governance and shareholder activism. *European Corporate Governance Institute*, [s. l.], n. 390, p. 1-26, Mar. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3135209>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3135209>. Acesso em: 16 jul. 2019.

MOENNINGHOFF, Sebastian C.; WIEANDT, Axel. The future of peer-to-peer finance. *Schmalenbachs Zeitschrift für Betriebswirtschaftliche Forschung*, [Düsseldorf], v. 65, n. 5, p. 466-487, Aug./Sept. 2013.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system. *Bitcoin*, [s. l.], p. 1-9, [2008]. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

NASDAQ launches enterprise-wide blockchain technology initiative. *Nasdaq*, [s. l.], May 11, 2015. Disponível em: <http://ir.nasdaq.com/news-releases/news-release-details/nasdaq-launches-enterprise-wide-blockchain-technology-initiative>. Acesso em: 16 jul. 2019.

NASDAQ Tallinn. *Nasdaq*, [s. l.], c2019. Disponível em: <https://nasdaqbaltic.com/en/about-us/nasdaq-baltic/nasdaq-tallinn/>. Acesso em: 17 jul. 2019.

NATIONAL SETTLEMENT DEPOSITORY. *General meeting proxy voting on distributed ledger*. [S. l.]: National Settlement Depository, 2017. Disponível em: <https://www.dcv.cl/en/news-center/news-headline/articulos/3535-csd-working-group-on-dlt-releases-product-requirements-for-general-meeting-proxy-voting-on-distributed-ledger.html>. Acesso em: 16 jul. 2019.

SANTANDER and broadridge complete a first practical use of blockchain for investor voting at an Annual General Meeting. *Santander*, Madrid, 17 May 2018. Disponível em: [https://www.santander.com/cs-gs/Satellite/CFWCSancomQP01/en\\_GB/Corporate/Press-room/Santander-News/2018/05/17/Santander-and-Broadridge-Complete-a-First-Practical-Use-of-Blockchain.html](https://www.santander.com/cs-gs/Satellite/CFWCSancomQP01/en_GB/Corporate/Press-room/Santander-News/2018/05/17/Santander-and-Broadridge-Complete-a-First-Practical-Use-of-Blockchain.html). Acesso em: 16 jul. 2019.

SUSSEKIND, Carolina S.; PAIVA, Juliana. *Blockchain e registro de ações: o que podem ter em comum?* *Jota*, [São Paulo], 26 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/blockchain-e-registro-de-acoes-o-que-podem-ter-em-comum-26042018>. Acesso em: 16 jul. 2019.

SZABO, Nick. Formalizing and securing relationships on public networks. *First Monday*, [Bridgman, MI], v. 2, n. 9, Sept. 1997. DOI: <https://doi.org/10.5210/fm.v2i9.548>. Disponível em: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469-publisher=First>. Acesso em: 16 jul. 2019.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. Sistema *bitcoin*: tecnologia digital, protocolo de comunicação, *software*, rede de pagamentos online descentralizada e criptomoeda: desafios para reguladores. In: GUERRA, Sergio (org.). *Teoria do Estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2017. v. 3, p. 205-232.

WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. Decentralized blockchain technology and the rise of *lex cryptographia*. *Social Science Research Network*, [s. l.], p. 1-58, Mar. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2580664>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2580664>. Acesso em: 16 jul. 2019.

# A nova inviolabilidade parlamentar

## Um estudo de sua construção jurisprudencial no Brasil

DÃ FILIPE SANTOS DE ABREU

**Resumo:** Este artigo pretende apresentar as sucessivas transformações jurisprudenciais que sofreu o instituto da inviolabilidade parlamentar no Brasil, com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal, e o que esse instituto representa atualmente no País. Para isso, apresentamos o contexto histórico em que surgiram as chamadas “imunidades parlamentares”, remontadas à Revolução Francesa e ao *Bill of Rights* inglês, e discorremos acerca de suas duas modalidades: a “inviolabilidade” e a “irresponsabilidade”. Em seguida, é traçada a evolução histórica dessas garantias ao longo das diversas Constituições brasileiras, chegando ao regramento da matéria no art. 52 da Constituição de 1988. Com base nesse arcabouço, comentamos as sucessivas interpretações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 2006, que ampliaram os poderes da Corte para determinar medidas cautelares penais contra parlamentares, e apresentamos o que chamamos de “nova inviolabilidade parlamentar”, fruto da sua jurisprudência.

**Palavras-chave:** Direito constitucional parlamentar. Prerrogativas parlamentares. Imunidade processual parlamentar.

### The new freedom from arrest: an study of its jurisprudential construction in Brazil

**Abstract:** This article aims to present the successive jurisprudential transformations that happened to the parliamentary freedom from arrest in Brazil, caused by decisions of the Supremo Tribunal Federal, and what actually means this guarantee in our country. To reach this purpose, we start with the historical context in which appeared the so called “parliamentary immunities”, back to French Revolution and the English Bill of Rights, and we talk about its two categories: the “freedom from arrest” and the “freedom of speech”. After that, we draw the historical evolution of these guarantees over the Brazilians constitutions until its regulation on the

Recebido em 9/5/19  
Aprovado em 14/6/19

article 52 of the 1988 Constitution. From this framework, we comment the successive interpretations made by the Supremo Tribunal Federal from 2006, which successively enlarged the powers of the court to determine criminal measures against members of parliament, and we show what we call “new freedom from arrest”, which is a result of the STF’s jurisprudence.

**Keywords:** Parliamentary constitutional law. Parliamentary privileges. Freedom from arrest.

## Introdução

O art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]) estatui que “[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Contudo, o cenário político e institucional brasileiro tem sido instável nos últimos anos, com recorrentes confrontos entre esses Poderes – desembocando no *impeachment* da presidente da República e no afastamento (com posterior cassação de mandato) do presidente da Câmara dos Deputados.

Em particular, as relações entre o Parlamento e o Poder Judiciário, no Brasil, passam por constantes tensões e choques, por vezes com enfrentamentos entre os dois Poderes – como no caso em que o então presidente do Senado, Renan Calheiros, se recusou a receber intimação de decisão monocrática que determinava seu afastamento da presidência da Casa (LIMA, 2016). Ademais, diversos membros do Poder Legislativo têm sofrido sérias acusações de corrupção, o que enfraquece a imagem institucional e acentua a crise brasileira. Nesse cenário político e institucional de desarmonia (para ficarmos no eufemismo), a determinação do alcance das imunidades parlamentares é mais um cenário de embate entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Congresso Nacional, no qual o STF tem o poder de interpretar os textos constitucionais relativos a essas garantias, mas precisa fazê-lo do modo mais “racional” e “técnico” possível, para esquivar-se de mais acusações de “ingerência” ou “desprezo” em relação ao Legislativo.

Nesse contexto, este artigo pretende discutir a evolução pela qual passou o instituto da “inviolabilidade”, também chamado de “imunidade formal”, por meio de sucessivas decisões do STF que ampliaram os poderes da Corte em relação aos parlamentares. Além de traçarmos uma “linha evolutiva” do instituto, pretendemos mostrar a incipiente discussão

sobre a necessidade de sua existência. Para isso, trabalharemos com os estudos de Guérin-Bargues (c2011) e Hardt (2013), autores europeus que recentemente publicaram teses nas quais discutem a natureza e os fundamentos das imunidades parlamentares em seus países (França e Holanda, respectivamente), inclusive para questionar se persistem os motivos que levaram à criação de tais institutos.

Pretendemos, inicialmente, explicar o contexto histórico em que essas garantias surgiram, suas diferentes modalidades e como foram recepcionadas no Brasil, com um panorama histórico que vai da Constituição imperial de 1824 (IMPERIO DO BRAZIL, [1834]) até a CRFB. Como toda categoria jurídica, elas também são modelos de organização do mundo. Embora sejam criações autônomas que não têm laço obrigatório algum com a realidade, sua existência modela os comportamentos e percepções dos sujeitos (HESPANHA, 2018, p. 6). Daí a necessidade de investigar o arcabouço teórico e histórico que as conformou nos últimos três séculos. O objetivo é situá-las no contexto histórico e social no qual foram criadas e desenvolvidas, sempre com um olhar crítico para as funções que exerceram em períodos diversos, para com isso colocar o leitor a par do contexto em que esses dogmas foram discutidos no STF e das influências teóricas e conceituais sobre a Corte.

Após a apresentação e a discussão histórica, discorreremos sobre cinco processos fundamentais na conformação desta categoria jurídica, na ordem cronológica em que decididos: o *Habeas Corpus* (HC) nº 89.417 (BRASIL, 2006), no qual o STF confirmou decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que afastara a aplicação da inviolabilidade parlamentar para manter preso o então presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia; a Ação Cautelar (AC) nº 4.039/DF (BRASIL, 2015), na qual o ministro Teori Zavascki monocraticamente determinou a prisão preventiva do então senador Delcídio do Amaral; a AC nº 4.070/DF (BRASIL, 2016b), na qual o plenário da Corte referendou decisão monocrática do ministro Teori Zavascki e afastou cautelarmente do mandato o então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha; a AC nº 4.327/DF (BRASIL, 2017c), em que a Segunda Turma do STF, em julgamento de agravo regimental de autoria da Procuradoria-Geral da República (PGR), afastou cautelarmente do mandato o senador Aécio Neves e impôs outras medidas cautelares diversas da prisão; e, por último, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.526 (BRASIL, 2017b), na qual o plenário do STF assentou os limites da inviolabilidade parlamentar e as possibilidades de ação dessa Corte na condução de processos penais contra membros do Parlamento.

Ao final do artigo, pretendemos expor a “nova inviolabilidade parlamentar” no Brasil e mostrar como foi construída ao longo do tempo.

# 1 As funções clássicas das imunidades parlamentares: diminuir a ingerência do rei sobre o Parlamento

A depender do país que se observe, as garantias destinadas ao Parlamento recebem diferentes denominações: privilégios, prerrogativas ou imunidades (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1977, p. 207). O que as caracteriza é sua natureza jurídica derogatória do direito comum, porque a incidência dessas previsões afasta a legislação aplicável aos demais cidadãos.

A ideia difundida por trás das prerrogativas é assegurar a independência do Legislativo frente aos outros Poderes do Estado e o exercício do mandato sem entraves. Durante o Antigo Regime, além da soberania atribuída ao rei, o Poder Judiciário agia como *longa manus* deste, sendo costumeiro que inimigos políticos e opositores fossem processados e presos como forma de silenciamento. Na Revolução Francesa, a Assembleia Nacional declarou a inviolabilidade (*inviolabilité*) e a irresponsabilidade (*irresponsabilité*) como garantias para a separação dos Poderes e da independência do Legislativo, em constante conflito com o Executivo e o Judiciário (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1977, p. 209).

Outro pressuposto para sua criação é a assunção, pelo Parlamento, da função de representante exclusivo da nação soberana (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1977, p. 209). Se antes o Estado era o rei, agora o Estado é o Parlamento, e a vontade do povo não pode ser suprimida pelo uso do aparato governamental ou judicial.

Tradicionalmente, temos duas espécies de imunidades parlamentares: a imunidade formal, chamada em francês de *inviolabilité* e em inglês, de *freedom from arrest*; e a imunidade material,

em francês chamada *irresponsabilité* e em inglês, *freedom of speech*. Neste trabalho, chamaremos a imunidade material de irresponsabilidade e a imunidade formal (ou processual) denominaremos inviolabilidade.

É consenso doutrinário que a imunidade material garante ao parlamentar não ser processado, perseguido ou molestado, no exercício de seu mandato, por suas opiniões, palavras e votos (VELOSO, 1986, p. 148). Seu objetivo é proteger a liberdade de expressão da função parlamentar, como modo de fortalecer o Poder Legislativo; além disso, ela decorreria diretamente do exercício do mandato parlamentar (VELOSO, 1986, p. 148-151). A proteção não se estenderia às palavras, opiniões e votos emitidos fora do exercício do mandato.

O alcance e efeitos dessa modalidade de garantia são descritos por Russomano (1984, p. 244-245) nos seguintes termos:

A imunidade de direito constitucional material enlaça todos os atos peculiares à função legislativa, desde que praticados no exercício da mesma. Estende-se no tempo. Sem solução de continuidade. Persiste, mesmo quando o mandato finda. Em síntese – é perpétua.

Daí fluem efeitos jurídicos relevantes. O parlamentar torna-se intocável a qualquer processo. Apresenta-se inviolável, tanto na dimensão civil quanto na penal. Há, trancando o mesmo, barreira de ordem pública.

Por outro lado, a imunidade formal caracteriza-se, em sua origem francesa, pela impossibilidade de o parlamentar sofrer processo ou prisão penal sem autorização da Casa legislativa da qual é membro – exceto no caso de flagrante delito, quando a prisão deve ser imediatamente submetida ao crivo do Parlamento.

Para descrever parte de suas características, mais uma vez citamos Russomano (1984, p. 245):

A imunidade de direito constitucional processual ou formal, a seu turno, é mais restrita, no sentido de que apenas retarda uma variante de processo: o penal – a exemplo do que se passa em França e em nosso país –, o civil – de acordo com o que sucede na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Consequentemente, acha-se sublinhada pela temporariedade. Extinto o mandato, há condições de dinamizar-se o processo.

Há muitas diferenças entre essa prerrogativa e a anterior. Uma delas: a imunidade material é irrenunciável e irrevogável, ao passo que a imunidade formal pode ser retirada a critério da Casa Legislativa. Outra: inviolabilidade é temporária e está adstrita ao mandato, findo o qual o processo volta a seguir seu curso natural, sem quaisquer resquícios de amarras de ordem processual devido à condição do réu de ex-deputado ou ex-senador. Por sua vez, a irresponsabilidade é permanente: vai além do mandato, porque os atos por ela protegidos não poderão tornar-se objeto de persecução penal posterior.

Enquanto a irresponsabilidade abrange atos decorrentes do exercício parlamentar, a inviolabilidade incide em atos externos ao exercício do mandato; ela impede a *persecutio criminis* decorrente de fatos estranhos ao mandato, porque as condutas decorrentes do exercício do mandato (injúria, difamação, calúnia) sequer se caracterizam como crime. Em razão da característica acima, Fernández-Miranda Campoamor (1977, p. 210, tradução nossa) chega a afirmar que a imunidade processual seria acessória à imunidade material, porque, “se esta pretende proteger diretamente a livre formação da vontade do Parlamento, aquela intenta que a pretensão não seja frustrada por detenções arbitrárias de alguns dos seus membros”<sup>1</sup>. Eis a suposta razão de ser

<sup>1</sup> No original: “Si ésta pretende proteger directamente la libre formación de la voluntad del Parlamento, aquélla intenta que la pretensión no se frustre por detenciones arbitrarias de alguno de sus miembros”.

da imunidade processual, amplamente difundida em parte da doutrina nacional e internacional: impedir que a coação indireta, exercida por meio de prisão e persecução criminal de membros do Congresso, influa na sua composição e em suas votações. Por esse motivo, dá-se à Casa legislativa o poder de retirar a imunidade do membro, para que o mandato não se transforme em proteção ao crime.

A seguir, falaremos sobre o contexto histórico e social em que estas garantias surgiram, para compreender qual a função que deveriam exercer.

## **2 A luta entre o Executivo e o Legislativo como a difundida causa histórica de surgimento e como chegamos aos modelos inglês e francês**

As imunidades parlamentares com o alcance atual são criações recentes, resultantes na Europa da perda de poder das monarquias e da ascensão dos parlamentos à condição de casas representantes do povo. Nos Estados Unidos, decorre da luta pela independência das 13 Colônias contra um Poder Executivo que representava os interesses da Metrópole e do fortalecimento das Câmaras legislativas que já existiam quando o país ainda era um conjunto de colônias; nessas Câmaras – sempre consideradas inferiores ao Executivo – os colonos deliberavam sobre assuntos de interesse local. Nos parágrafos seguintes, observaremos como elas são paulatinamente modificadas para atender às transformações sociais pelas quais passava cada país.

No Reino Unido, o Parlamento medieval encontrava-se no ápice da hierarquia judicial<sup>2</sup>, e por

<sup>2</sup> Até 2005, a Câmara dos Lordes exercia a função de Corte Suprema do Reino Unido; já a Câmara dos Comuns,

essa razão seus atos não podiam ser revistos pelas instâncias hierarquicamente inferiores. Além disso, desde o século XIII (antes da separação entre as Câmaras do Parlamento), estendiam-se aos parlamentares os privilégios concedidos aos conselheiros do rei, incluindo-se a proteção contra ações promovidas por particulares. Dessa forma, os membros do Parlamento respondiam por suas ações perante o rei e suas imunidades eram consideradas uma extensão da imunidade real e uma concessão deste (GUÉRIN-BARGUES, c2011, p. 35-36).

No século XVI, a Câmara dos Comuns inicia uma luta contra a realeza para aumentar sua independência, principalmente no que concerne à iniciativa legislativa e à liberdade de debates. No período que vai do início daquele século até a proclamação do *Bill of Rights* (1689), há o registro de perseguições contra parlamentares e mesmo a dissolução do Parlamento (GUÉRIN-BARGUES, c2011, p. 36-39). A consagração expressa da *freedom of speech* (liberdade de discurso parlamentar) e da *freedom from arrest* (prerrogativa do parlamentar de não ser preso, durante o mandato, por dívidas e questões civis) no *Bill of Rights* atesta a transformação da natureza do Parlamento na Inglaterra: de um órgão jurisdicional decorrente do poder real e a ele submisso, o Parlamento torna-se o lugar de debates legislativos e de controle do Poder Executivo, cujas prerrogativas não mais decorrem do rei, mas existem para proteger o Parlamento frente ao rei (GUÉRIN-BARGUES, c2011, p. 40).

Na França, temos uma situação semelhante à inglesa quanto à relação entre o rei e o que seria o futuro Parlamento – embora a experiência francesa de empoderamento parlamentar tenha sido muito mais acentuada e célere que a inglesa.

---

naquela época, era responsável por analisar petições de particulares, assumindo originariamente a responsabilidade por um “processo informal” (GUÉRIN-BARGUES, c2011, p. 34-35).

Os Estados Gerais (*États Généraux*) eram a assembleia convocada pelo rei com representantes de diversos grupos sociais, que tinha atribuições consultivas e cujos membros eram considerados conselheiros reais, gozando de proteção física e processual limitada, sempre decorrente das prerrogativas da realeza.

Os integrantes dos Estados Gerais – Nobreza, Clero e Terceiro Estado (composto de camponeses e artesãos) – eram eleitos pela população que representavam<sup>3</sup>, embora coubesse ao rei convocá-los e dissolvê-los quando achasse conveniente, e seus membros respondiam por seus atos diante do soberano (GUÉRIN-BARGUES, c2011, p. 24-25).

Convocados em 1789 pelo rei Luís XVI, em razão da crise financeira, econômica e social pela qual passava a França, os representantes do Terceiro Estado, em junho de 1789, afirmando representar 96% da população francesa, junto com alguns membros da classe clerical, declaram-se Assembleia Nacional e decidem elaborar uma Constituição que limitasse os poderes do rei, em nome do povo que ali estava reunido por meio de seus representantes eleitos (HISTOIRE..., [200-]).

Diante da contínua desobediência dos constituintes às ordens reais e das retaliações monárquicas às declarações da Assembleia, incluindo o envio de tropas para a frente do palácio onde estavam reunidos, os constituintes votam que, nos Estados Gerais, a pessoa dos deputados é inviolável e não pode ser objeto de qualquer censura ou processo em razão de suas opiniões, palavras ou votos, podendo a Assembleia julgar e punir

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, Hardt (2013, p. 136) afirma que as eleições para os Estados Gerais de 1789 eram, até certo ponto, razoavelmente democráticas. Conforme o autor, podiam votar homens ou mulheres com mais de 25 anos de idade, que estivessem inscritos nos registros de pagamento de impostos e com domicílio em algum dos distritos onde haveria votação. Obviamente, o requisito de pagar impostos excluía grande parte da população, mas ainda assim percebemos que os representantes convocados em 1789 tinham algum grau de ligação com seus representados, o que fortaleceu o discurso de que ali estava o povo reunido e desembocou nos eventos da Revolução Francesa.

qualquer pessoa que atentasse contra essas imunidades (HARDT, 2013, p. 139-141). Aqui, temos a consagração da irresponsabilidade na França, dentro de uma circunstância extrema de perseguição e prisões.

Em 1790, a Assembleia decreta que os deputados só podem ser presos em flagrante delito, que é possível receber queixas e acusações contra eles, mas que não pode o processo continuar antes que o corpo legislativo tenha decidido sobre as acusações (GUÉRIN-BARGUES, c2011, p. 98). É a formalização da inviolabilidade nos termos em que foram incorporados no Brasil e que vigoraram na França até 1995.

Note-se, nos dois casos, que o Parlamento, para poder aumentar seus poderes, precisava afastar-se de qualquer subordinação ou associação com o Poder Executivo; para isso criou, em favor próprio e com apoio popular, imunidades que o protegiam principalmente da ação daquele Poder. Contudo, especialmente no que concerne à *freedom from arrest*, o precedente inglês é muito diferente do que o instituto representa hoje, porque só vedava as prisões civis, decorrentes de dívidas, não existindo proibição contra as prisões penais – decorrentes de crimes. Por esse motivo podemos afirmar, na esteira de Veronese (2006, p. 35), que, embora os franceses tenham sido inspirados pelas experiências parlamentares inglesa e norte-americana – cuja imunidade às prisões foi consagrada no art. 1º, Cláusula 1, Seção 6, da Constituição de 1787 –, as atuais garantias do Parlamento no contexto da separação dos Poderes, e principalmente a atual abrangência da imunidade formal, são fruto da Constituição francesa pós-revolucionária.

Por sua vez, em relação à Constituição dos Estados Unidos, a *freedom from arrest* impede somente a prisão do deputado ou senador quando estiver em sessão numa das Casas ou quando estiver indo ou retornando da sessão – a não ser nos casos de traição, felonía e atentado contra a paz<sup>4</sup>. Ou seja, é uma garantia infinitamente mais restrita do que a prevista na Constituição francesa.

Portanto, podemos dizer que na França ocorre a gênese das prerrogativas parlamentares como consagradas no Brasil. Elas nascem do embate de forças entre o Parlamento revolucionário – que se proclamava o representante do povo e, por isso, o legítimo detentor do poder – e o rei Luís XVI, que no espírito do absolutismo não admitia perder ou transferir poder para quem quer que fosse. A Assembleia Nacional saiu vencedora

---

<sup>4</sup> Art. 1º, seção 6, § 1º, da Constituição dos Estados Unidos da América: “The Senators and Representatives shall receive a Compensation for their Services, to be ascertained by Law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place” (UNITED STATES, 2007, p. 3-4).

do embate, provocando um “deslocamento jurídico da soberania (só o sujeito soberano pode gozar de inviolabilidade absoluta, consequência de sua posição no sistema institucional), do absolutismo régio à Assembleia Nacional” (VERONESE, 2006, p. 37).

Porém, a gênese revolucionária e disruptiva dessas categorias não aconteceu no Brasil. As prerrogativas parlamentares foram importadas e “abrasileiradas” para servir a outros objetivos, conforme explicaremos no próximo tópico.

### **3 As imunidades na história constitucional brasileira: constantes transformações para atender aos anseios do Poder Executivo**

A Constituição imperial de 1824 consagrou as duas prerrogativas nos artigos 26 a 28<sup>5</sup>, seguindo a fórmula constitucional francesa. Porém, essas garantias chegavam a ser cômicas, já que se tratava de uma Constituição outorgada, na qual o imperador detinha o Poder Moderador e podia nomear senadores, suspender magistrados e dissolver a Câmara dos Deputados; além disso, o voto era censitário, tornando virtualmente impossível aos opositores chegar ao Poder Legislativo (VERONESE, 2006, p. 44). As imunidades naquele período eram muito mais assemelhadas ao que representavam no período absolutista francês, dado o caráter de concessão real, e não de afirmação da independência do Poder Legislativo.

No período republicano, as Constituições de 1891 e 1934 (BRASIL, [1926], [1935]) mantiveram incólumes as garantias do Parlamento, embora na prática tenham sido violadas, com casos de prisões de parlamentares no recinto do Congresso Nacional (VERONESE, 2006, p. 45). Novamente, temos períodos de autoritarismo e hipertrofia do Executivo, e as garantias previstas na Constituição têm função mais simbólica que efetiva no cotidiano do Parlamento.

Resultante de um golpe e da implantação do Estado Novo, a Constituição de 1937 (BRASIL, [1945]), nos artigos 42 e 43<sup>6</sup>, modificou substancialmente

---

<sup>5</sup>“Art. 26. Os Membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções. Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delicto de pena capital. Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta á sua respectiva Câmara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções” (IMPERIO DO BRAZIL, [1834]).

<sup>6</sup>“Art. 42 – Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável. Art. 43 – Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento nacional pelas opiniões e votos que, emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos da responsabilidade

os textos das Constituições anteriores quanto à imunidade material e, na prática, retirou qualquer proteção que os parlamentares poderiam ter. No seu texto prevê-se que as acusações por calúnia, infâmia e injúria são passíveis de investigação por conta de pronunciamentos dos congressistas, o que significa esvaziar o conteúdo clássico da irresponsabilidade. Além disso, há o uso de termos excessivamente amplos – como “manifestação contrária à existência ou independência da Nação” (BRASIL, [1945]) –, o que demonstra a falta de independência do Parlamento.

As Constituições de 1946 e 1967 (BRASIL, [1965], [1985a]) retomaram a redação da de 1934, garantindo as imunidades material e formal dos congressistas, até que sobreveio a Emenda Constitucional nº 1, de outubro de 1969 (BRASIL, [1985b]), que na prática outorgou uma nova Constituição e reduziu as prerrogativas do Congresso Nacional no seu art. 32<sup>7</sup>.

Com o fim do regime militar e a abertura democrática, a CRFB fez retornarem as prerrogativas do Congresso Nacional, e seu art. 53 consagrou a imunidade material e a imunidade formal, além de apresentar regras sobre o processamento de deputados e senadores:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato.

§ 3º No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 4º Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1988, p. 15).

A previsão constitucional seguiu a tradição das outras Constituições democráticas brasileiras e a tradição constitucional francesa, a qual só

---

civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime. Parágrafo único – Em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do Deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento” (BRASIL, [1945]).

<sup>7</sup>“Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional. § 1º Durante as sessões, e quando para elas se dirigirem ou delas regressarem, os deputados e senadores não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime comum ou perturbação da ordem pública” (BRASIL, [1985b]).

permitia o prosseguimento de processos penais contra parlamentares com a prévia licença da Casa respectiva. No entanto, o Congresso Nacional raramente concedia as autorizações, e muitas vezes sequer colocava em pauta a solicitação de abertura de processo. Também por isso, e após várias discussões a respeito do alcance das imunidades e críticas à abrangência da imunidade processual, foi publicada em 21/12/2001 a Emenda Constitucional nº 35/2001 (BRASIL, 2001), que modificou o regime das prerrogativas parlamentares. Assim ficou a nova redação do art. 53 da CRFB:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato (BRASIL, [2017a]).

O novo texto constitucional apresentou novidades, como a de que a imunidade material abrange as esferas civil e criminal; o fim da necessidade de prévia licença da Casa para iniciar processo criminal contra congressista; e a retirada da expressão “voto secreto” relativa à deliberação da Casa legislativa sobre prisão em flagrante de parlamentar.

Com a mudança, o STF ganhou mais autonomia na condução dos processos, podendo dar prosseguimento às denúncias e persecuções penais contra membros do Congresso Nacional, com o dever de remeter, em vinte e quatro horas, os autos do processo à Casa legislativa pertinente. O Congresso, por seu turno, recebeu poderes para realizar um controle posterior sobre a persecução penal. Dessa forma, somente após a manifestação do STF, pode o Legislativo suspender ou não o processo.

Isso denota como o significado da imunidade parlamentar e seu alcance foram modificados ao longo do tempo, de acordo com os ven-

tos da política brasileira. Saliente-se que, nos momentos de hipertrofia do Executivo – que constituem a esmagadora maioria do período do Brasil como nação independente –, esses institutos não tinham eficácia, consistindo em previsões inócuas que não garantiam a “liberdade parlamentar” que supostamente deveriam proteger.

Por outro lado, em virtude do regramento constitucional vigente até 2001, não há um corpo volumoso de decisões judiciais a respeito da inviolabilidade; apenas recentemente o STF tem-se manifestado sobre o alcance e aplicação do Estatuto dos Congressistas. Nesse novo cenário, os processos que nos propomos estudar constituem fontes para saber como o STF considera a inviolabilidade e que alcance lhe atribui.

Contudo, antes de prosseguir no estudo das decisões, é forçoso abordar as medidas cautelares penais e a inviolabilidade.

#### **4 As medidas cautelares penais e sua aplicabilidade: um debate ainda incipiente**

Como se viu, a inviolabilidade é instituto que remonta à Revolução Francesa, em fins do século XVIII. Naquele momento histórico, sequer se cogitava em penas que não fossem a prisão, a morte ou o banimento.

No Brasil, as medidas cautelares penais diversas da prisão estão positivadas no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, [2018b]) e foram introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 (BRASIL, 2011). Conforme Tourinho Filho (2012, p. 577), essa alteração legislativa foi inspirada nos ordenamentos francês, italiano e português; e muitas das medidas cautelares introduzidas já eram aplicadas nas hipóteses de suspensão condicional da pena ou

do processo; algumas eram previstas no art. 47 do Código Penal (CP) (BRASIL, [2018a]) como penas restritivas de direitos.

Em virtude de sua recente introdução no Direito brasileiro, a discussão de sua aplicabilidade a congressistas (e parlamentares em geral) nunca foi tema de amplo debate jurisprudencial, mormente porque até 2001 um processo penal contra membro do Congresso necessitava de licença prévia da Casa respectiva, que nunca era concedida.

Desse modo, os ministros do STF tiveram que argumentar sobre institutos recentemente introduzidos sem muitos casos anteriores para guiá-los e, com base nesse parco material, fixar as novas imunidades parlamentares. Além disso, no momento de criação dessas garantias, não existiam as medidas cautelares penais, de modo que uma busca histórica sobre a temática não ajudaria.

#### **5 As sucessivas decisões sobre a inviolabilidade no STF e o recente regramento da matéria**

Podemos traçar uma “linha evolutiva” da jurisprudência do STF que começa em 2006, com o HC nº 89.417, o qual tinha como paciente o então presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia, cuja prisão havia sido decretada pelo STJ. A defesa do parlamentar impetrou HC no STF, sob a alegação de que não subsistiam motivos para continuar preso, porque não houvera flagrante de crime inafiançável e porque a Casa legislativa de que fazia parte não fora comunicada para que resolvesse sobre a prisão<sup>8</sup> (BRASIL, 2006, p. 881-882). No

<sup>8</sup>O art. 27, § 1º, da CRFB determina que as regras sobre imunidades e inviolabilidades se estendem aos parlamentares estaduais.

entanto, a Primeira Turma do STF, por maioria de 3 a 2, determinou a continuidade da prisão.

Nos termos da ementa do Acórdão (BRASIL, 2006, p. 879-880) que negou a concessão do pedido, a regra da imunidade parlamentar (art. 53, § 2º, CRFB) deveria ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais e com os fins a que ela se destina; na hipótese, havia situação de anormalidade institucional, porque 23 dos 24 parlamentares da Assembleia Legislativa de Rondônia estavam sendo processados e existiam fortes indícios de que uma organização criminosa tomara as rédeas do Legislativo daquele Estado. Dessa forma, numa situação de anormalidade institucional não se poderiam aplicar regras que foram concebidas para situações de normalidade.

A ministra Cármen Lúcia, relatora do caso, assim pontuou o motivo para afastar a interpretação literal do artigo 53, § 2º, da CRFB:

a regra limitadora do processamento de parlamentar e a proibitiva de sua prisão são garantias do cidadão, do eleitor para a autonomia do órgão legiferante (no caso) e da liberdade do eleito para representar [...]. Não configuram aqueles institutos direito personalíssimo do parlamentar (BRASIL, 2006, p. 899-900).

Nesse voto, temos o primeiro precedente em favor de uma interpretação não literal da imunidade processual parlamentar, argumentando-se que essas garantias são em defesa do *mandato* e não da *pessoa* que o exerce. Esse precedente – e suas razões de decidir – seria uma das bases que o ministro Teori Zavascki utilizaria no próximo julgamento que analisaremos.

Em 2015, o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou a AC nº 4.039/DF em desfavor de Delcídio do Amaral, então líder do Governo no Senado, sob a alegação de que ele prometera a Nestor Cerveró – delator da Operação Lava-Jato – benefícios financeiros e uso de seu prestígio político para convencer ministros do STF a lhe concederem *habeas corpus*; em troca, exigia que não celebrasse acordo de colaboração premiada com o MPF; ou que Cerveró ocultasse a participação do senador no esquema de corrupção delatado. Também lhe prometera, concedido ou não o *habeas corpus*, elaborar plano de fuga de Cerveró para a Espanha – que, por ter nacionalidade espanhola, lá estaria a salvo da jurisdição penal brasileira (BRASIL, 2015, p. [3-6]).

Diante dos fatos, a conduta do senador foi enquadrada pela acusação no art. 2º, § 1º e § 4º, II, da Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, [2016a]); e foi requerida sua prisão cautelar, com fundamento nos arts. 312, *caput*, e 313, I, ambos do CPP, sob a alegação de que ela seria a única medida possível para impedir que Amaral continuasse a interferir nas investigações do MPF (BRASIL, 2015, p. [12-14]).

Em novembro de 2015, houve o julgamento monocrático desse pedido pelo ministro Teori Zavascki, tendo sido decretada a prisão preventiva do então senador Delcídio do Amaral com referendo da Segunda Turma do STF. Essa decisão, singular na jurisprudência do Supremo, invocou como razão de decidir o voto proferido pela ministra Cármen Lúcia no mencionado HC, para afirmar que a inviolabilidade deveria ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais e o seu objetivo de proteção do mandato, e que poderia ser afastada em casos excepcionais (BRASIL, 2015, p. [37-39]).

Para afastar a interpretação literal do dispositivo, o argumento do ministro foi o de que “a própria realidade, porém, vem demonstrando que também o sentido dessa norma constitucional não pode decorrer de interpretação isolada” (BRASIL, 2015, p. [36]). Como forma de exemplificar que já fora feito esse tipo de interpretação, foi usado trecho do voto da ministra Cármen Lúcia no HC nº 89.417. O objetivo foi mostrar que o texto constitucional deve ser lido de maneira “que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo” (BRASIL, 2015, p. [36]) – ou seja, deve ser interpretado sistematicamente.

Em maio de 2016, o ministro Zavascki proferiu nova decisão monocrática, dessa vez referendada pelo Pleno do STF, na qual aplicava, como medida cautelar penal, o afastamento do mandato parlamentar do então deputado Eduardo Cunha, que exercia a presidência da Câmara dos Deputados. Embora o processo tramite em segredo de justiça, e no sítio eletrônico do STF não esteja disponível o inteiro teor das razões de decidir, a ementa do acórdão explicita que se trata de uma situação de “franca excepcionalidade”, com “riscos para a efetividade da jurisdição criminal e para a dignidade da própria casa legislativa” (BRASIL, 2016b, p. [1]). Novamente aparece a figura da “excepcionalidade” como um dos motivos centrais para o afastamento da interpretação literal do art. 53, § 2º, da CRFB. Isto é, até então ainda não se admitia uma mudança na concepção clássica da inviolabilidade parlamentar como a regra geral a ser aplicada.

Por outro lado, percebe-se que, nesse processo, a postura de Zavascki (e do STF) mudou: se nos dois processos comentados a regra foi prender o parlamentar, a partir de então a Corte se dirige às medidas cautelares penais e passa a ter, como medida mais extrema, o afastamento do mandato.

O outro processo dessa “linha evolutiva” é a AC nº 4.327/DF, iniciada com base em investigações da PGR e protocolada em 17/5/2017 no STF, tendo como relator o ministro Edson Fachin, o qual de imediato determinou monocraticamente medidas diversas da prisão contra Aécio Neves, entre as quais o afastamento do mandato parlamentar e a proibição de contatar outros investigados da Operação Lava-Jato.

Em 30/6/2017, já sob a relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, as medidas foram revogadas e a situação parlamentar de Neves foi restabelecida. Contra essa decisão a PGR protocolou agravo regimental, solicitando a prisão preventiva do senador e, subsidiariamente, o restabelecimento das medidas cautelares diversas da prisão.

Esse pedido foi julgado no âmbito da Primeira Turma do STF, com o seguinte resultado (BRASIL, 2017c, p. [1-2]): os cinco ministros negaram o pedido de prisão; dois ministros votaram contra a imposição de qualquer cautelar; três ministros determinaram a imposição das seguintes medidas cautelares: a) suspensão do exercício da função parlamentar e de qualquer outra função pública; b) proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu da Operação Lava-Jato; c) proibição de se ausentar do País, devendo entregar o passaporte; e d) recolhimento domiciliar noturno.

Nesse processo houve o primeiro confronto de teses opostas sobre a aplicabilidade das medidas cautelares contra membros do Congresso Nacional, já que no HC nº 89.417 as cautelares penais ainda não tinham previsão legislativa e nos outros dois processos houve duas decisões monocráticas. Embora estivessem diante de uma questão concreta, os votos dos ministros fundaram-se nos limites da inviolabilidade parlamentar e na interpretação da Constituição, denotando que a questão não era apenas sobre a “excepcionalidade” do caso, mas sobre a própria natureza da inviolabilidade parlamentar.

Dessa forma, é possível diferenciar dois lados antagônicos. De um lado, havia aqueles que defendiam a tese de que a inviolabilidade não permite a incidência de qualquer medida cautelar penal decretada pelo Poder Judiciário – salvo a prisão em flagrante delito por crime inafiançável; para essa corrente, caberia ao Legislativo a tarefa de impor medidas contra o seu componente cuja conduta fosse desviada das finalidades institucionais (BRASIL, 2017c, p. [11]). O outro grupo, por seu turno, foi o dos ministros que interpretavam a inviolabilidade de maneira mais restrita, concedendo ao Judiciário poderes para determinar as cautelares diversas da prisão, desde que a Casa parlamentar tivesse a palavra final sobre essas medidas (BRASIL, 2017c, p. [47]). Esta última tese venceu o embate por margem apertada: 3 a 2.

A decisão colegiada tomada pela Segunda Turma do STF expôs que não havia unanimidade entre os ministros, os quais divergiam quanto aos limites da inviolabilidade parlamentar. Também ocorreu essa divergência de pensamento na ADI nº 5.526, julgada pelo plenário do STF em 26/9/2017, quando o debate já instalado teve seu desfecho. Primeiramente, porque foi um processo em que todos os ministros puderam votar; segundo, porque era uma ação de controle de constitucionalidade em abstrato, cujos efeitos seriam vinculantes.

Essa ADI resultou de petição protocolada pelo Partido Progressista (PP), pelo Partido Social Cristão (PSC) e pelo partido Solidariedade logo após a decisão que afastou cautelarmente Aécio Neves do exercício do mandato (AC nº 4.327/DF). As agremiações pediam que o STF se manifestasse de maneira definitiva acerca dos poderes do Judiciário em face do artigo 55, § 2º, da CRFB. A tese dos requerentes era a de que, caso decretadas contra parlamentar quaisquer das medidas cautelares previstas nos arts. 312 e 319 do CPP, no prazo de 24 horas a decisão deveria ser submetida ao crivo da Casa legislativa à qual pertence o réu (BRASIL, 2017b, p. [5]).

Esse julgamento foi realizado pelo Pleno do STF e teve os seguintes resultados (BRASIL, 2017b, p. [1-3]): 10 dos 11 ministros votaram que o STF, por autoridade própria, poderia impor as medidas cautelares penais diversas da prisão previstas nos arts. 312 e 319 do CPP. Por outro lado, por 6 votos a 5, ficou decidido que, sempre que essas medidas impedissem ou dificultassem o exercício do mandato, o processo deveria ser remetido, no prazo de até 24 horas, à Casa legislativa da qual faz parte o réu, para que ela decidisse sobre a manutenção da medida.

O resultado apertado demonstra que a matéria está longe da unanimidade, e que parte considerável dos ministros queria ter mais poder sobre a condução do processo penal, sem a necessidade de passar pelo crivo do Legislativo. Como exemplo, pode-se citar o trecho do voto do ministro Edson Fachin (BRASIL, 2017b, p. [26-28]), relator do processo, no qual ele argumenta que o art. 55, § 2º, deu ao Parlamento poder para decidir apenas sobre a perda do mandato, o que não abarcaria hipóteses como o afastamento, por exemplo.

Dessa maneira, ficou reconhecida ao STF a possibilidade de determinar medidas cautelares penais diversas da prisão contra os congressistas; caso elas, de algum modo, limitem ou impeçam o exercício da atividade parlamentar, caberá à Casa da qual é membro o parlamentar decidir pela continuidade ou não da medida. No que respeita às prisões processuais, manteve-se a interpretação literal do art. 53, § 2º, da CRFB, e somente podem ser decretadas as prisões em flagrante delito por crime inafiançável, as quais também serão analisadas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado.

## Conclusão

Comparando os quatro primeiros processos, todos relativos a casos concretos, percebemos que o STF começou sua guinada jurisprudencial de modo mais intenso, mantendo a prisão preventiva de um deputado

estadual e decretando a prisão preventiva de um senador com base no único precedente que havia até então (o HC nº 89.417). No entanto, nos dois processos seguintes (as ACs nºs 4.070 e 4.327), não se determinou a prisão do parlamentar, já demonstrando uma mudança no padrão decisório da Corte, que preferiu seguir uma linha de aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão e por isso optou por ordenar o afastamento do mandato.

Isso demonstra uma evolução gradual da jurisprudência do STF no sentido de ampliar os poderes de instrução criminal contra parlamentares, embora ainda não se tenha cogitado extinguir a inviolabilidade. Os primeiros processos eram referentes a situações excepcionais, nas quais havia parlamentares envolvidos em esquemas de corrupção escandalosos e notórios. Inicialmente, adotou-se uma postura mais “extrema”, mantendo a prisão contra o parlamentar estadual de Rondônia e prendendo o senador Delcídio do Amaral. Após esses dois casos, nota-se que o STF deu preferência ao afastamento do mandato e a outras medidas cautelares diversas da prisão, uma mudança em relação ao padrão decisório até então. É o caso, por exemplo, dos processos em que eram réus Aécio Neves e Eduardo Cunha, os quais foram afastados dos mandatos.

Por fim, já em sede de controle abstrato de constitucionalidade e com julgamento no plenário do tribunal, o STF ratificou a postura adotada nos casos mais recentes, firmando o entendimento de que tem autoridade para determinar medidas cautelares diversas da prisão contra membros do Parlamento. Contudo, por maioria apertada, manteve a necessidade de manifestação do Legislativo nos casos em que as medidas dificultassem ou impedissem o exercício do mandato, demonstrando haver na Corte uma corrente de pensamento favorável à redução drástica do alcance clássico da inviolabilidade parlamentar em confronto com outra linha de pensamento, mais favorável a transferir a última palavra ao Poder Legislativo.

A concepção clássica da inviolabilidade tem sofrido pesadas críticas e, como toda categoria jurídica, pode ser questionada. Nesse sentido, Guérin-Bargues (c2011) constrói a tese de que essa modalidade de garantia não é necessária para a manutenção do regime representativo, e que ela não tem mais razão de existir nos países em que o Judiciário é independente e autônomo, pois os parlamentares poderiam – da mesma maneira que os demais cidadãos – utilizar os meios processuais disponíveis para se defender (GUÉRIN-BARGUES, c2011, p. 365-373).

Por outro lado, há autores como Wigley (2003), que defende a manutenção da inviolabilidade porque ela garantiria o sistema democrático, ao impedir que o Poder Judiciário tenha poder excessivo sobre os membros do Parlamento, o que poderia levar a uma captura do Legislativo por

aquele Poder ou que grupos de pressão intimidassem o Legislativo por meio de processos judiciais (WIGLEY, 2003, p. 33-36).

Como se vê, estamos diante de uma temática que não se esgotou e possivelmente será tema de novas decisões e controvérsias tanto no Brasil como em outros países. Esses processos são um reflexo do debate que ocorre na Europa e nos Estados Unidos sobre a necessidade de redefinir os limites da imunidade formal parlamentar, especialmente porque a sociedade e o conceito de democracia mudaram radicalmente desde que essas garantias foram inicialmente pensadas, o que provoca a necessidade de atualizá-las e adaptá-las às necessidades de nossos tempos.

## Sobre o autor

Dã Filipe Santos de Abreu é mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; servidor da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; advogado, Recife, PE, Brasil.  
E-mail: dfibiop@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

ABREU, Dã Filipe Santos de. A nova inviolabilidade parlamentar: um estudo de sua construção jurisprudencial no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 31-50, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p31](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p31)

(APA)

Abreu, D. F. S. de (2019). A nova inviolabilidade parlamentar: um estudo de sua construção jurisprudencial no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 31-50. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p31](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p31)

## Referências

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: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 17 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1935]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 17 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1945]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 17 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1965]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 17 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 17 jun. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm). Acesso em: 17 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1985b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 18 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 35, de 20 de dezembro de 2001*. Dá nova redação ao art. 53 de Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm). Acesso em: 18 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm). Acesso em: 19 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Secretaria Especial de Informática. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_05.10.1988/CON1988.pdf](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_05.10.1988/CON1988.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar 4.039/DF*. Trata-se de requerimento formulado pelo Procurador-Geral da República, vinculado a acordo de colaboração premiada submetido à homologação nesta Corte, de medidas restritivas de liberdade em face do Senador Delcídio do Amaral Gomez [...]. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min. Teori Zavascki, 24 de novembro de 2015. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao\\_Cautelar\\_4039.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Acao_Cautelar_4039.pdf). Acesso em: 21 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.526/DF*. Constitucional e processo penal. Inaplicabilidade de prisão preventiva prevista no artigo 312 do CPP aos parlamentares federais que, desde a expedição do diploma, somente poderão ser presos em flagrante delito por crime inafiançável. Competência plena do Poder Judiciário para imposição das medidas cautelares prevista no art. 319 do CPP [...]. Requerente: Partido Progressista – PP; Partido Social Cristão – PSC; Solidariedade. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Redator do Acórdão: Min.

Alexandre de Moraes, 11 de outubro de 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em: 21 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar 4.327/DF*. Direito constitucional e processual penal. Ação cautelar. Agravo regimental do Ministério Público. Rejeição de prisão preventiva. Imposição de medidas cautelares alternativas [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Aécio Neves da Cunha. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso, 26 de setembro de 2017c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13946959>. Acesso em: 21 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 89.417-8/RO. Habeas corpus*. Processual penal. Prisão decretada em ação penal por ministra do Superior Tribunal de Justiça. Deputado estadual. Alegação de incompetência da autoridade coatora e nulidade da prisão [...]. Paciente: José Carlos de Oliveira. Impetrante: Bruno Rodrigues. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 22 de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395000>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Ação Cautelar 4.070/DF*. Constitucional. Processual penal. Medida cautelar de suspensão do exercício da função (art. 319, VI, do CPP), a abranger tanto o cargo de presidente da Câmara dos Deputados quanto o mandato parlamentar. Cabimento da providência, no caso, em face da situação de franca excepcionalidade [...]. Autor: Ministério Público Federal. Réu: E. C. D. C. Relator: Min. Teori Zavascki, 5 de maio de 2016b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899283>. Acesso em: 17 jun. 2019.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. La inmunidad parlamentaria en la actualidad. *Revista de Estudios Políticos*, [s. l.], n. 215, p. 207-249, sept./oct. 1977. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1427589>. Acesso em: 21 jun. 2019.

GUÉRIN-BARGUES, Cécile. *Immunités parlementaires et régime représentatif: l'apport du droit constitutionnel comparé* (France, Royaume-Uni, États-Unis). Paris: LGDJ, c2011. (Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, t. 137).

HARDT, Sascha. *Parliamentary immunity: a comprehensive study of the systems of parliamentary immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European context*. 2013. Dissertation (Doctor) – Maastricht University, Maastricht, 2013. Disponível em: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/1439730/guid-55b44d63-b482-4e81-b66e-cfc1a4cef467-ASSET1.0>. Acesso em: 21 jun. 2019.

HESPAÑHA, António Manuel. Categorias. História dos conceitos, história das ideias, história dos dogmas jurídicos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 5-35, 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/86983/49956>. Acesso em: 19 jun. 2019.

HISTOIRE de l'Assemblée Nationale. *Assemblée Nationale*, [s. l., 200-]. Disponível em: <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/histoire/histoire-de-l-assemblee-nationale#top>. Acesso em: 17 jun. 2019.

IMPERIO DO BRAZIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1834]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 21 jun. 2019.

LIMA, Maria. Renan se recusa a receber notificação do STF sobre afastamento da presidência do Senado. *O Globo*, [Rio de Janeiro], 5 dez. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/renan-se-recusa-receber-notificacao-do-stf-sobre-afastamento-da-presidencia-do-senado-20595499>. Acesso em: 17 jun. 2019.

RUSSOMANO, Rosah. Imunidades parlamentares. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 21, n. 81, p. 243-258, jan./mar. 1984. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181510/000406307.pdf?sequence=3>. Acesso em: 19 jun. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. rev. de acordo com a Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

UNITED STATES. *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: 19 jun. 2019.

VELOSO, Zeno. Imunidades parlamentares dos vereadores. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 23, n. 92, p. 147-170, out./dez. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181735/000427061.pdf?sequence=3>. Acesso em: 19 jun. 2019.

VERONESE, Osmar. *Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WIGLEY, Simon. Parliamentary immunity: protecting democracy or protecting corruption? *The Journal of Political Philosophy*, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 23-40, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9760.00165>.

# Gestão de conflitos no contencioso cível de volume

*Online Dispute Resolution* como instrumento para a redução do passivo jurídico de corporações

LILIA MAIA DE MORAES SALES  
WILSON SALES BELCHIOR  
GABRIELA VASCONCELOS LIMA

**Resumo:** A gestão de conflitos é oportunidade para a prevenção ou para o término de processos longos e custosos. Os Métodos Adequados de Solução de Conflitos e a *Online Dispute Resolution* (ODR) destacam-se na gestão de conflitos aplicada ao contencioso cível de volume. Assim, questiona-se: a adoção de ODR pelo setor bancário, como maior litigante do Poder Judiciário brasileiro, é adequada para melhor gestão dos conflitos? Adotou-se metodologia qualitativa e quantitativa, com pesquisa bibliográfica e documental, e com pesquisa empírica para aferir a representatividade de condenações e acordos judiciais no passivo jurídico de corporações. Assim, demonstram-se: a representatividade do passivo jurídico no orçamento de empresas do setor bancário, bem como sua representatividade no estoque processual nacional; aspectos de ODR, como conceito e adequação para a solução de conflitos envolvendo o setor bancário; análise da representatividade de condenações e acordos no passivo jurídico das corporações, a fim de perceber a adequação da ODR para redução destes custos.

**Palavras-chave:** Contencioso cível de volume. Gestão de conflitos. *Online Dispute Resolution*. Passivo jurídico.

## **Conflict management in mass civil litigation: proposal of an online platform for reduction of legal spending of corporations**

**Abstract:** Alternative Dispute Resolution is an opportunity to prevent or end long and costly legal suits. Alternative Dispute Resolution and Online Dispute Resolution (ODR) stand out in conflict management

Recebido em 22/4/19  
Aprovado em 30/6/19

applied to mass civil litigation. Thus, we question: is the adoption of ODR by the banking sector, as the largest litigant of the Brazilian Judiciary, adequate for better management of conflicts? We adopted a qualitative and quantitative methodology, with bibliographical and documentary research, and with empirical research to measure the representativeness of convictions and judicial agreements in the legal liabilities of corporations. Thus, the representativeness of the legal liabilities in the budget of companies of the banking sector, as well as their representativeness in the national procedural stock, is demonstrated; aspects of ODR, as concept and adequacy for the solution of conflicts involving the banking sector; analysis of the representativeness of convictions and agreements in the legal liabilities of corporations, in order to understand the adequacy of ODR to reduce these costs.

**Keywords:** Mass civil litigation. Conflict management. Online Dispute Resolution. Legal spending.

## Introdução

O volume crescente de processos e o tempo médio de duração de uma ação na primeira instância são circunstâncias que evidenciam a judicialização das relações no Brasil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). Junto a isso, percebe-se que alguns setores estratégicos da sociedade são responsáveis por grande parte do estoque de processos do sistema nacional de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

A gestão estratégica de conflitos<sup>1</sup> constitui espaço que precisa ser criado e/ou expandido, com a finalidade de prevenir ou encerrar processos longos e custosos ao identificar problemas, interesses e sentimentos para efetivar soluções consensuais para conflitos. Para tanto, surgem como opções viáveis: implantar técnicas para aproximar os envolvidos, a fim de concretizar acordos sustentáveis; revisar o contencioso para encontrar soluções para as disputas em curso; e inovações tecnológicas

---

<sup>1</sup> Esse termo é adotado, pois concorda-se com a afirmação de que *conflito* é uma palavra que inclui a acepção da expressão *disputes*, mas também se amplia no sentido de abranger tensões de relacionamento, estresse no local de trabalho e outros elementos que ainda não se tornaram *dispute* ou conflito; por isso, a gestão estratégica de conflitos inclui as técnicas de resolução, junto com iniciativas de prevenção e contenção, tais como os relatórios oriundos de uma plataforma em ODR que podem informar o processo de tomada de decisão das corporações para ajuste e conformidade legal de suas práticas. Ver Lynch (2001).

que reduzam o quantitativo de processos, ampliando ainda a lucratividade das corporações (BELCHIOR, 2017).

A adoção de Métodos Adequados para a Solução de Conflitos (MASCs) e de *Online Dispute Resolution* (ODR) destaca-se na gestão estratégica aplicada ao contencioso cível de volume. Os MASCs são indicados para indivíduos ou empresas em conflito que busquem soluções efetivas com economia de tempo e dinheiro. Segmentos econômicos como o bancário, o de construção civil, os societários, os de contratos e responsabilidade civil despontam entre os mais propícios para a composição dialogada de controvérsias, com confidencialidade e custo baixo, incentivando as partes a gerar resultados ganha-ganha (GABBAY, 2015).

A reação do mercado ao crescimento de transações comerciais na internet incentiva a implantação de serviços de ODR em escritórios, os quais diversificam cada vez mais o aporte tecnológico. No Brasil, a previsão legal desses serviços está no art. 334, § 7º, do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2019]): “a audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”.

Nesse contexto, esta pesquisa parte de um questionamento: em que medida a adoção de soluções em ODR pelo setor bancário, como o setor que mais litiga no Poder Judiciário, se mostra adequada para contribuir para uma melhor gestão dos conflitos? Assim, traçou-se o objetivo geral de analisar a adequação das soluções em ODR para a gestão dos conflitos envolvendo empresas do setor bancário; e os objetivos específicos de analisar o contexto da judicialização dos conflitos envolvendo empresas do setor bancário, tais como as principais razões e o passivo jurídico; verificar as vantagens e desvantagens da adoção de ferramentas em ODR para a solução desses conflitos, analisando,

sobretudo, as vantagens em termos de redução do passivo jurídico para aquelas empresas.

Para alcançar os objetivos traçados, adotou-se metodologia qualitativa e quantitativa, com revisão bibliográfica acerca dos conceitos de ODR, bem como pesquisa documental dos aspectos referentes ao passivo jurídico das empresas do setor bancário, em conjunto com a sua representatividade no estoque de processos nacional. Além disso, foi conduzida pesquisa empírica quantitativa para aferir a representatividade de condenações e acordos judiciais no passivo jurídico de corporações.

Os resultados foram apresentados da seguinte forma: a primeira seção aborda a judicialização de conflitos e a representatividade do passivo jurídico no orçamento de empresas do setor bancário, bem como sua representatividade no estoque processual nacional; a segunda seção trata dos aspectos de ODR, como conceito, vantagens, desvantagens e adequação para a solução de conflitos envolvendo o setor bancário; por fim, a terceira seção apresenta análise da representatividade de condenações e acordos no passivo jurídico das corporações, com o fito de perceber a adequação das ferramentas em ODR para a redução desses custos.

## **1 O setor bancário como litigante e os impactos orçamentários da litigiosidade**

A gestão de conflitos é instrumento para aprimorar o contencioso cível de volume. Para tanto, é necessária a compreensão da perspectiva das corporações, o que significa entender as relações entre judicialização e passivo jurídico. Essa compreensão permite estabelecer fundamento teórico a fim de descortinar novas oportunidades para os serviços jurídicos que contribuam para a redução dos custos nesses espaços.

Algumas possibilidades baseadas na intersecção entre gestão de conflitos e corporações são: redução no quantitativo de processos, aumento na média mensal de processos encerrados, economia média na realização do acordo diante da condenação, redução do *ticket* médio de condenação. Com base nessa intersecção constrói-se um arcabouço teórico para embasar a análise da adequação das soluções em ODR para a gestão dos conflitos envolvendo empresas do setor bancário.

### **1.1 Os maiores litigantes do Poder Judiciário e a posição do setor bancário**

O panorama global da litigiosidade no Judiciário aponta que 29,4 milhões de novos processos ingressaram em 2016 nas diferentes esferas de jurisdição, representando aumento de 5,6% em relação ao ano anterior. Assim, a cada grupo de 100 mil habitantes, 12.907 pessoas ingressaram com uma ação judicial. Por outro lado, 11,9% das sentenças e decisões foram homologatórias de acordo, percentual que se eleva para 16% nos Juizados Especiais. Quanto aos assuntos mais demandados no primeiro grau há o predomínio, na Justiça estadual, do Direito Civil e do Consumidor, assim como nos Juizados Especiais estaduais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Uma pesquisa intitulada “Cem maiores litigantes”, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) durante os dez primeiros meses de 2011, aferiu que 12,95% dos processos iniciados nesse período, na Justiça estadual, tiveram empresas do setor bancário num de seus polos. Esse setor representa, assim, o maior litigante da Justiça estadual no Brasil (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Ao analisar os dados, podem-se dividir tais litigantes em duas grandes categorias: Poder Público, que conta com 65 dos 100 grandes li-

tigantes, e Bancos, que conta com 24 dos 100 grandes litigantes. Os 11 remanescentes são instituições de outros segmentos. Do número total de processos analisados, 32% tinham alguma das instituições dessa lista em seu polo ativo ou passivo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Outra pesquisa contratada pelo CNJ realizou diagnóstico sobre as causas que impactam no aumento da litigiosidade no Brasil. Em primeiro lugar, ela indicou que o tema *contratos bancários* reflete um nicho com demandas judiciais repetitivas mais comuns. Quanto aos canais de incentivo à judicialização, destacam-se: o setor público, que contribui para a geração de *zonas cinzentas* de regulamentação; a mídia, quando equivocadamente aborda questões jurídicas, incentivando o ingresso em juízo de pretensões descabidas; e o próprio Judiciário, uma vez que não há uniformização das decisões (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011).

Aliada a essa perspectiva está a importância de demonstrar os custos da litigiosidade para as empresas analisadas, com o objetivo de comprovar as vantagens da autocomposição e, notadamente, as da adoção de ferramentas de ODR.

### **1.2 A representatividade orçamentária da litigiosidade**

Uma vez situada a posição das empresas do setor bancário no cenário de litigiosidade do Poder Judiciário nacional, passa-se à análise da representatividade dos custos com processos judiciais no seu orçamento. Cabe esclarecer que a opção da pesquisa por delimitar, neste tópico, a análise aos bancos Itaú e Santander Brasil explica-se por eles figurarem entre os três maiores bancos múltiplos privados do Brasil, e o ativo total de ambos representar aproximadamente 23% do conjunto do Sistema Financeiro Nacional (OS

100 MAIORES... [2017]), além de ambos ocuparem posições entre os dez maiores litigantes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

O passivo jurídico é composto pela despesa das corporações com contratação de escritórios de advocacia, acordos trabalhistas, tributários ou provenientes de demandas de outras áreas do Direito, custas judiciais, além de todos os gastos que envolvem a representação da pessoa jurídica perante o Judiciário. Essa noção está ligada estreitamente à gestão de riscos nas corporações, sobretudo aos riscos operacionais, ocorrência de perdas resultantes de falha, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, ou de eventos externos, entre os quais se inclui o risco legal, associado à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, assim como a sanções decorrentes de descumprimento de dispositivos legais e a indenizações por danos a terceiros (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2006).

Para aferir a representatividade do passivo jurídico nos orçamentos, realizou-se a análise de demonstrações contábeis. Entre as despesas, o risco legal, associado ao cumprimento de obrigações de declaração de uma organização, é o componente mais relevante, em termos de acesso público à informação. Por isso, analisaram-se as demonstrações contábeis com base nesse enfoque, visto que esse tipo de risco pode representar perdas financeiras em função de leis ou regulações (ROSSI, 2017).

O Itaú, sob a rubrica de “provisões, contingências e outros compromissos”, estabelece o passivo jurídico baseado no parecer de assessores jurídicos, na natureza das ações, na semelhança com processos anteriores e jurisprudência dominante, além da probabilidade de recursos financeiros serem exigidos para liquidar as obrigações e de o montante poder ser razoavelmente estimado (ITAÚ UNIBANCO, 2016).

Destaca-se a noção de *passivos contingentes* para referir-se aos recursos decorrentes de processos judiciais e administrativos, movidos por terceiros, ex-funcionários e órgãos públicos em ações cíveis, trabalhistas e de natureza fiscal e previdenciária. Essas contingências são classificadas como: (a) prováveis: recursos reconhecidos como provisões no Balanço Patrimonial Consolidado; (b) possíveis: divulgadas nas Demonstrações Contábeis Consolidadas; (c) remotas: que não requerem provisão nem divulgação (ITAÚ UNIBANCO, 2016).

O Banco Santander Brasil é mais específico ao estabelecer a notação “provisões fiscais e previdenciárias, trabalhistas e cíveis” para tratar dos recursos destinados aos processos judiciais e administrativos. Esses recursos são calculados com base na natureza, complexidade e histórico das ações e na avaliação de perda dos processos também conforme a opinião dos assessores jurídicos, provisionando integralmente o valor em risco das ações cuja classificação é perda provável (SANTANDER, 2016).

A intersecção da judicialização com o passivo jurídico amplia sua relevância quando se expõem os dados relativos ao montante equivalente a despesas sob essa denominação em relação às pessoas jurídicas de maneira geral, porquanto 2% do faturamento ficaram comprometidos com esses gastos em 2014, representando um custo equivalente a R\$ 124,81 bilhões (crescimento de 19% em relação a 2012) envolvendo custas judiciais e extrajudiciais, honorários advocatícios, perícias, multas e encargos legais, custo de pessoal, viagens e hospedagens (BAETA, 2016).

Passa-se, assim, ao estudo dos relatórios financeiros das corporações, a fim de verificar quantitativa e qualitativamente a formação do passivo jurídico, observando suas oscilações entre 2013 e 2016 e as características das principais demandas na área cível.

Para evidenciar o cenário do passivo jurídico no contexto do fenômeno estudado na pesquisa, consideraram-se nas Tabelas 1 e 2 duas categorias de análise: o montante dos saldos patrimoniais consolidados das provisões para processos judiciais e administrativos e obrigações legais por natureza, os quais incluem provisões para processos judiciais e administrativos de natureza fiscal, previdenciária, trabalhista e cível; e a segunda, relativa apenas às ações cíveis, em razão da delimitação da pesquisa. Ambas retiraram suas informações das demonstrações financeiras consolidadas publicadas em 2014 e em 2016 (SANTANDER, 2014, 2016).

### Tabela 1

Descrição do passivo jurídico do Banco Santander Brasil (2013-2016)

	2016	2015	2014	2013
<b>Total</b>	12.094.314	11.488.032	17.967.344	15.552.664
<b>Ações cíveis</b>	1.867.621	2.088.716	1.776.857	1.655.716

Fonte: elaborada pelos autores.

O passivo jurídico dessa instituição cresceu 5% entre 2015 e 2016, mas uma redução equivalente a 36% é percebida de 2014 a 2015. Quanto às ações cíveis, elas decresceram 10,5% no período entre 2015 e 2016, ao passo que a porção que esses processos representam no total de provisões se manteve numa média de 13,5%.

No caso do Banco Itaú, examinaram-se as Demonstrações Contábeis Completas publicadas em 2014 e 2016, a fim de verificar a evolução do passivo jurídico em igual período ao da outra instituição financeira, em conjunto com a parcela representada nesse montante pelas ações cíveis, exibindo os resultados financeiros em idênticas categorias, conforme a Tabela 2 (ITAÚ UNIBANCO, 2014, 2016):

## Tabela 2

### Descrição do passivo jurídico do Banco Itaú (2013-2016)

	2016	2015	2014	2013
<b>Total</b>	20.909.000	18.994.000	17.027.000	18.862.000
<b>Ações cíveis</b>	5.172.000	5.227.000	4.643.000	4.473.000

Fonte: elaborada pelos autores.

Nesse caso, no período completo de análise, registra-se crescimento do passivo jurídico equivalente a 9,8% e, nos últimos dois anos, igual a 9,1%. Redução de 9,7% é observada entre 2013 e 2014, o que demonstra relativa estabilidade quantitativa no total do passivo jurídico. Na faixa de tempo investigada, as ações cíveis representaram uma média de 25,7% do total de provisões, apontando redução correspondente a 1,05% entre 2015 e 2016.

Comparando as duas instituições, percebe-se que o valor do passivo jurídico é proporcional ao seu porte financeiro. No caso do Santander Brasil, depois de forte redução entre 2014 e 2015, as provisões mantiveram-se estáveis, diferentemente do Itaú, que não apresentou decréscimos elevados, mas manteve estabilidade no período considerado.

Depois da análise quantitativa do passivo jurídico dessas corporações, é necessário percebê-lo qualitativamente. Ou seja: de que maneira os documentos analisados explicam a formação dos riscos legais, com foco nas principais ações que as corporações estudadas enfrentam na área cível.

As Demonstrações Contábeis Completas do Itaú dividem o passivo jurídico em quatro áreas de risco: cíveis, trabalhistas, fiscais e previdenciárias. Em termos descritivos, pode-se afirmar que as ações cíveis se relacionam à revisão de contratos e ações de indenização por danos materiais e morais, além de ações específicas referentes à época de expurgos inflacionários em caderneta de poupança. As ações trabalhistas discutem pretensos direitos trabalhistas. O último grupo diz respeito às ações que discutem a legalidade e a constitucionalidade da legislação em vigor em conjunto com discussões fiscais, administrativas ou judiciais, objeto de lançamento de ofício, acrescido de juros e, quando aplicáveis, multa e encargos. Divide-se ainda em processos massificados e individualizados, conforme características que podem trazer semelhanças ou peculiaridades e segundo a relevância do valor (ITAÚ UNIBANCO, 2014).

As demonstrações financeiras do Santander Brasil para 2016 estabelecem segmentação semelhante do passivo jurídico, acrescentando mais detalhes aos principais tipos de ações que a instituição financeira enfrenta. Assim, com base na delimitação temática da análise na área

cível, destacam-se, de modo geral, ações com pedido de revisão de termos e condições contratuais ou pedidos de ajustes monetários, ações decorrentes de contratos de financiamento e ações de execução. Por outro lado, têm maior recorrência as ações de caráter indenizatório por dano material e/ou moral, referentes à relação de consumo (cartões de crédito, crédito direto ao consumidor, contas correntes, cobrança e empréstimos etc.) e ações de cobrança com avaliação coletiva, relativas aos expurgos inflacionários em caderneta de poupança decorrentes de planos econômicos (Bresser, Verão, Collor I e II) (SANTANDER, 2016).

Dessa maneira, os MASCs apresentam-se como ações preventivas para a redução dos custos ligados aos riscos legais e, por conseguinte, ao passivo jurídico das corporações, já que se tornam uma estratégia para reduzir o volume dos processos por meio de soluções mais criativas, adequadas, eficazes e menos dispendiosas.

Uma vez exposta a representatividade do passivo jurídico no orçamento das corporações e explicitadas as opções metodológicas e temáticas realizadas na pesquisa em sua etapa teórica, descrevem-se com base em dados documentais e empíricos as principais razões que levam as pessoas a litigarem na área cível e a composição do passivo jurídico de corporações – tais como Itaú e Santander Brasil – relativamente a essa área de análise, mostrando as suas principais demandas junto ao contencioso cível de volume.

Entrevistas realizadas no Rio Grande do Sul, São Paulo e Pará com diferentes perfis de demandantes (pessoas física e jurídica e advogados) evidenciaram três categorias de motivação referentes à área cível: para litigar, recorrer e estabelecer acordos. Percebeu-se que os estímulos para litigar se associam à ausência ou ao baixo nível dos custos, incluindo o baixo risco; busca de um ganho; procura do Judiciário como meio para postergar responsabilidades; e a percepção

de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente (SANTOS FILHO, 2011).

Os incentivos para recorrer, por outro lado, relacionam-se à ausência de uniformidade da jurisprudência, de tal maneira que os entrevistados perceberam sua utilização para retardar o cumprimento da sentença, concretizando apenas um meio instrumental. As motivações para acordo destacam como principal aspecto a qualificação técnica do facilitador para evidenciar alternativas de saída do conflito, com possibilidade de ganhos mútuos, e para considerar as emoções envolvidas que podem inibir eventual acordo. Além disso, os cálculos realizados para auxiliar na tomada da decisão caracterizam os demais incentivos (SANTOS FILHO, 2011).

Demonstra-se, assim, um *gap* que torna oportuna a adoção de ODR nas corporações. Essa solução cria opção extrajudicial, que viabiliza a construção de uma solução consensual e a redução das despesas jurídicas, assim como do *ticket* médio por processo, que é menor no acordo do que na condenação. Contribui-se, por consequência, para a redução do estoque de processos do Poder Judiciário.

Pesquisa realizada em sete cidades brasileiras (Aracaju, Brasília, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo) comprovou a relação entre judicialização das relações e crescimento do passivo jurídico ao revelar o ajuizamento em massa de demandas com origem em contratos bancários. Na cidade de Aracaju, por exemplo, quase três quartos do volume das ações ajuizadas por maiores demandantes envolvem o setor financeiro (BARBOSA, 2010).

Confirma-se, pois, a correspondência entre os dados empíricos e documentais relativos à constituição do passivo jurídico das corporações analisadas, bem como os *keyfactors* relacionados às motivações para litigar, destacando o arcabouço teórico relevante para a proposta de

soluções que constituam oportunidades para todos os envolvidos, como a adoção de soluções em ODR.

## 2 *Online Dispute Resolution*

A ODR não é apenas uma tendência inovadora nos serviços jurídicos, como solução a ser proporcionada às corporações no âmbito do contencioso cível de volume, mas também se concretiza como ferramenta para ampliar a efetivação de direitos, oferecendo tratamento de conflitos por meio de MASCs, que exigem apenas conexão à internet.

Essas ferramentas consistem num meio em rede, o qual é indicado para a solução de conflitos que envolvam diferentes jurisdições. Além do simples intercâmbio entre reclamação e resposta, a inteligência artificial pode ser utilizada para a autocomposição virtual, sendo capaz de suportar documentação em massa, localização remota das partes e uso de gráficos sofisticados (BARNETT, 2003).

Em 2011, várias corporações responderam ao *survey*, tendo como critério a lista *Fortune 1000* – da revista de mesmo nome, que reúne as mil corporações estadunidenses mais expressivas do ponto de vista do faturamento –, sobre as percepções e experiências com MASCs. Entre os resultados, apontam-se os benefícios destacados pelas corporações na aplicação dos MASCs em cinco categorias: eficiência geral (economiza tempo e dinheiro; permite que as partes resolvam as próprias disputas; fornece procedimento mais satisfatório); privacidade e confidencialidade (preserva o sigilo de documentos e informações); controle sobre os resultados (evita o estabelecimento de jurisprudência; oferece acordos mais satisfatórios; oferece uma solução mais duradoura); manutenção das relações (estimula a manutenção

de boas relações entre os sujeitos em conflito); neutralidade (permite a atuação de um terceiro imparcial) (STIPANOWICH; LAMARE, 2014).

Tal contexto enquadra-se numa mudança de expectativas das corporações em relação aos serviços jurídicos, exigindo respostas assertivas, com soluções adequadas aos problemas e consistentes com a dinâmica e os pontos fortes e estratégicos de sua atuação. Com efeito, a inovação precisa ser baseada no conhecimento detalhado dos negócios do cliente, o que implica a competência para gerenciar riscos e conflitos, isto é, exige-se do contencioso cível de volume a capacidade de olhar para o futuro com base nas condições do negócio, oferecendo soluções rápidas e concretas em tempo real (GABBAY; RAMOS; SICA, 2016).

Nesse sentido, as ferramentas de ODR caracterizam-se pela utilização da Tecnologia da Informação no processo de solução de conflitos, em procedimentos distintos, tais como arbitragem, mediação, negociação e conciliação. Assim, transpõe-se a estrutura burocrática estatal para o ciberespaço, não havendo a necessidade de utilizar etapas presenciais ou o próprio espaço forense, o que apresenta vantagens como economia de tempo e de recursos financeiros, maior prazo para a análise daquilo que se pretende falar, crescente poder de decisão sobre a linguagem adotada e as revelações feitas (LIMA; FEITOSA, 2016).

Um estudo sobre a natureza dos serviços oferecidos pelas principais empresas desse segmento no Brasil verificou que elas não pormenorizam em seus sites o potencial de inovação das aplicações tecnológicas utilizadas. Na maioria dos casos, a inclusão do serviço na área de ODR resume-se ao conceito de on-line pura e simplesmente, isto é, a utilização de plataforma on-line para videoconferência ou mensagens instantâneas em grupo, que dispensam a presença física e garantem a flexibilidade de horá-

rio. Há carência de informações a respeito das inovações tecnológicas aplicadas, bem como em relação às medidas de segurança cibernética adotadas. Em resumo, a tecnologia aplicada ao ODR nos serviços privados analisados refere-se ao *chat* e às mensagens instantâneas, além da facilidade do acompanhamento e envio de documentos por meio da internet (BELCHIOR, no prelo).

No entanto, é possível a reflexão fundada nas inovações tecnológicas disponíveis; no desenvolvimento de *softwares*, que tratam especificamente da gestão de conflitos para clientes corporativos com utilização das técnicas dos MASCs; na necessidade de aprimoramento dos instrumentos disponíveis nos sites dos bancos múltiplos investigados na primeira parte deste artigo – como SAC, ouvidoria e renegociação de dívidas on-line. Por essa razão, expõem-se em seguida novidades nesse setor, como solução para a redução do passivo jurídico.

O contexto de solução de conflitos aproxima os interessados (corporação e consumidor) por meio da construção do consenso de maneira mais rápida e eficaz em relação aos modelos tradicionais que marcam a cultura do conflito judicializado, considerando a tendência exponencial de relacionamentos no ambiente virtual. Essas soluções também têm o potencial de diminuir os custos financeiros e temporais das despesas com deslocamento e proporcionam a gestão dos processos de volume, que ocorrem em diferentes comarcas, de forma mais eficiente, além de poderem construir relacionamentos mais saudáveis entre corporações e consumidores.

### **3 Adequação das ferramentas em ODR para a redução do passivo jurídico de corporações**

A adoção de soluções em ODR que se enquadrem como iniciativa para a redução do passivo jurídico das corporações é exigência de um novo momento vivenciado pelo contencioso cível de volume. As mudanças transnacionais nos serviços jurídicos tentam alcançar as exigências dessas organizações para que a inovação seja uma diretriz fundamentada no aprofundamento técnico e interdisciplinar, com o propósito de organizar soluções que proporcionem decisões mais informadas para todos os interessados.

Assim, como forma de embasar a pertinência da adoção de plataformas para ODR, realizou-se estudo empírico sobre a realidade da gestão do contencioso cível de volume, com base na análise documental de acervo processual, o que contribui para a validade da proposta, observando a utilização de MASCs e aspectos relacionados ao passivo jurídico.

Este tópico divide-se, então, em momento introdutório, em que se apresenta a metodologia da pesquisa empírica (análise de acervo processual), especificando todas as etapas enfrentadas para coletar as informações, construir o banco de dados, analisar qualitativa e quantitativamente os resultados, discuti-los e, com base nesse conhecimento, sublinhar a relevância de plataformas em ODR que aprimorem a gestão de conflitos no contencioso cível de volume.

### 3.1 Metodologia

Escolheu-se uma corporação para análise, segundo delimitação exposta neste trabalho. Em razão de critérios éticos adotou-se o anonimato em relação à divulgação da opção da corporação investigada, pois não são públicas as informações que formam o banco de dados.

O *corpus*<sup>2</sup> foi delimitado com fundamento nas ações judiciais em que a corporação selecionada integrava um dos polos do processo, amostra aleatória de processos encerrados em 2018, tendo como data mais remota de distribuição em 2014, consistindo em acervo processual de 104 ações, a fim de que a investigação abordasse período de tempo suficientemente representativo para evitar qualquer tipo de interferência intelectual ou ideológica dos pesquisadores. A amostra foi construída utilizando *software* de gestão de *workflow*, com as ferramentas tecnológicas de pesquisa disponíveis para a busca das informações relativas aos processos de uma corporação específica.

Depois de realizada a análise do histórico de judicialização envolvendo a corporação sele-

cionada, os dados são organizados em planilha e analisados quantitativa e qualitativamente, conforme os seguintes parâmetros em relação às ações judiciais: (i) duração dos processos; (ii) classificação das demandas por rito processual, localização geográfica do conflito, ramo do Direito, resultado e passivo jurídico<sup>3</sup>; (iii) aplicação de MASCs – especificamente mediação, conciliação ou arbitragem.

A análise quantitativa fundou-se em inferências estatísticas, ou seja, o procedimento metodológico de usar algo que realmente foi observado (amostra de dados) para aprender sobre algo que não foi visto (toda a população), com o propósito de quantificar quão certa ou incerta está a utilização das amostras aleatórias para responder à pergunta da pesquisa (EPSTEIN; MARTIN, 2014).

A análise qualitativa dos resultados é feita por meio de inferência abdução, com o objetivo de explicar a relevância de uma plataforma on-line. Em outras palavras, (i) deduz-se uma hipótese com base no arcabouço teórico; (ii) buscam-se consequências prováveis de cada hipótese; (iii) verificam-se experimentalmente todas as hipóteses para assegurar sua adequação explicativa à realidade por meio dos resultados desta pesquisa (ROSENTHAL, 2014).

A coleta de dados ocorreu entre os meses de maio e setembro de 2018, por meio da análise de acervo processual, com base nos seguintes critérios para a inclusão de ações judiciais na amostra: (i) a corporação figurar como sujeito ativo ou passivo da relação processual; (ii) o encerramento do processo ter ocorrido em 2018; (iii) envolver os interessados que compõem o objeto de estudo desta pesquisa – corporações e consumidores.

<sup>2</sup> Conjunto limitado de materiais determinado de antemão pelo pesquisador, sobre o qual o trabalho é feito. Justifica-se, desse modo, a seleção dos materiais que são base da investigação e, conseqüentemente, a sua natureza e o seu propósito. Ver Bauer e Aarts (2002).

<sup>3</sup> Os custos foram limitados apenas ao pagamento realizado pela corporação em resultados equivalentes a condenação e/ou acordo.

A segunda fase da análise documental do acervo processual é feita com base no estudo dos processos, com destaque para as seguintes informações: (i) número do processo<sup>4</sup>; (ii) rito processual; (iii) localização geográfica (unidade federativa) do conflito; (iv) ramo do Direito; (v) data da distribuição; (vi) data do encerramento; (vii) resultado do processo – acordos, condenações ou outras situações específicas<sup>5</sup>; (viii) passivo jurídico; (ix) utilização de MASCs.

Essas informações implicam uma revisão na literatura. Investiga-se, assim, a aplicação de medidas relativas à gestão do contencioso cível de volume que podem reduzir as despesas jurídicas, em curto prazo, e os riscos legais, em longo prazo, criando novos espaços para a gestão de conflitos, ressaltando que o passivo jurídico, na análise documental, é delimitado pelo valor da condenação e/ou do acordo.

### **3.2 Análise e discussão dos resultados**

A análise dos resultados é dividida em dois eixos principais. No primeiro, descrevem-se os conflitos que compõem o passivo jurídico da corporação selecionada, destacando em que unidades federativas e sob que ritos processuais se localizaram as ações que compuseram a amostra, a duração desses processos, os ramos do Direito, com o propósito de evidenciar quais foram os mais recorrentes a envolver os interessados – corporações e consumidores – e o resultado, de tal maneira que seja organizado um diagnóstico, com base em dados empíricos, sobre a realidade do fenômeno estudado, confrontando-o com o arcabouço teórico construído neste trabalho e com resultados de outras pesquisas.

O segundo eixo de análise dos resultados diz respeito aos MASCs utilizados nos casos concretos que compõem o acervo processual e o passivo jurídico de cada processo para a corporação (condenação e/ou acordo), destacando que o cenário jurídico atual demonstra um espaço crescente para o desenvolvimento de soluções mais apropriadas, considerando seu potencial de escalabilidade e automação.

#### **3.2.1 Descrição dos conflitos**

O acervo processual está predominantemente localizado nas unidades federativas da região Nordeste, correspondendo a 87,5%, com destaque

---

<sup>4</sup>Para a preservação do anonimato, o número do processo foi substituído pela ordenação em numerais arábicos.

<sup>5</sup>São exemplos as hipóteses de improcedência dos pedidos da parte autora, o encerramento com o cumprimento da obrigação de fazer pela corporação e a extinção sem decisão de mérito.

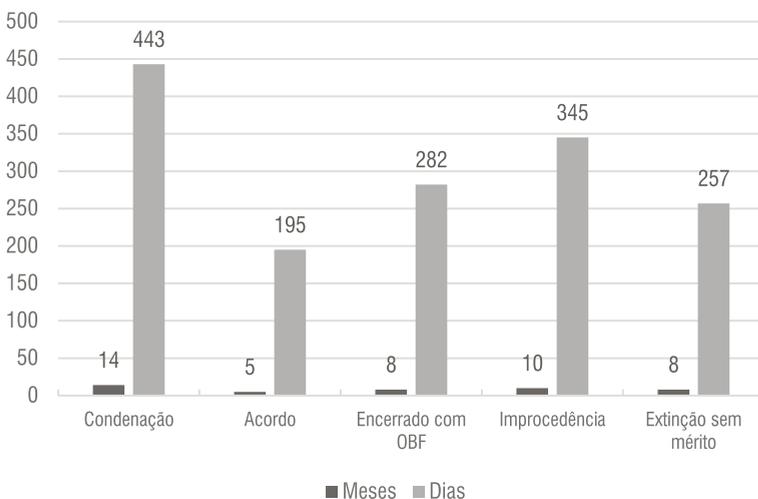
para os estados da Bahia (41,35%), Rio Grande do Norte (11,54%), Sergipe (10,58%) e Pernambuco (9,62%), tramitando em Juizados Especiais (96,15%) e Varas Cíveis (3,85%). Ressalte-se que o rito processual do Juizado Especial Cível é mais célere que o destinado à Vara Cível, dadas as peculiaridades do ordenamento jurídico nacional, como informalidade, limitação do valor da causa, incentivo aos MASCs, entre outros.

A percepção inicial relativa aos ramos do Direito corrobora as estatísticas e o arcabouço teórico apresentados neste trabalho, considerando que 100% das ações encerradas em 2018, que constituem a amostra, versaram sobre conflitos associados ao Direito do Consumidor, conflitos adequados à solução por meio de ODR.

Quanto ao intervalo temporal dos processos, de modo geral nota-se que alcança uma média de pouco mais de 9 meses ou 297 dias; no entanto, quando se verifica o período entre a distribuição e o encerramento conforme as categorias, encontram-se os resultados constantes do Gráfico 1:

**Gráfico 1**

Duração do processo por resultado processual



Fonte: elaborado pelos autores.

Verifica-se que as situações em que o acordo é concretizado apresentam menor duração processual entre os resultados das ações judiciais que compuseram a amostra. Demonstra-se, assim, a importância dos MASCs para uma solução mais célere e, por conseguinte, o potencial de plataformas de ODR, que permitem automatizar e aplicar MASCs em larga escala, reduzindo o passivo jurídico e contribuindo, do ponto de vista social, para a efetivação de direitos.

A diferença entre a duração de um processo que obteve como resultado a condenação em relação àquele no qual se concretizou um acordo é aproximadamente 228% maior, ou seja, explicita-se que a adoção de MASCs nesses conflitos amplia exponencialmente a rapidez com que são solucionados.

Quanto às categorias relacionadas à improcedência dos pedidos da parte autora ou à extinção do processo sem decisão de mérito, igualmente se verifica que a opção pela utilização de um MASC acontece de maneira mais rápida, indicando uma diferença de cinco e três meses, respectivamente, nos casos concretos em que não houve acordo.

A duração dos processos da amostra desta pesquisa reflete as informações divulgadas pelo CNJ no relatório *Justiça em Números 2018*, o qual indicou uma média de 10 meses para a fase de conhecimento nos Juizados Especiais estaduais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Esse intervalo temporal também já foi relacionado ao passivo jurídico, uma vez que exige maior cautela no mercado e nas relações negociais, mostrando-se como fator que promove o aumento dos custos de transação pela ciência da demora, reduz os fatores de atração de empresas e investidores estrangeiros, bem como amplia os valores dos produtos e serviços (LEAL JÚNIOR; MUNIZ, 2015).

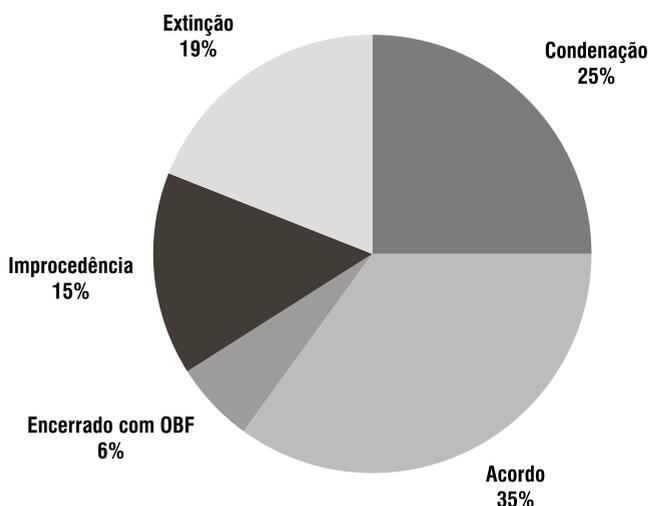
Nesse íterim, o resultado do processo é o momento que mantém maior vínculo com a formação do passivo jurídico, dado que é possível à corporação ter um custo decorrente de acordo ou condenação, o que será observado na seção seguinte.

Verificou-se na amostra a indicação de 35% para acordo, evidenciando que, na seleção formada aleatoriamente, a maior parte dos conflitos foi encerrada mediante acordo. Quando se soma a esse percentual primário o quantitativo de condenações, justifica-se a preponderância desses dois agrupamentos em relação aos demais, que são exibidos no Gráfico 2.

Explica-se que as categorias foram geradas automaticamente pelo *software* de *workflow* no qual a amostra aleatória foi selecionada. Dessa forma, condenação diz respeito a uma decisão judicial que originou, para a corporação, uma obrigação de pagar; acordo relaciona-se com a concessão mútua das partes, com base num MASC, prevista em lei, gerando para a corporação uma obrigação de pagar; encerrado com OBE, consiste em decisão judicial que obriga a corporação a fazer algo como forma de fornecer solução à controvérsia; improcedência associa-se à decisão que assim classificou os pedidos da parte autora; extinção sem decisão de mérito trata das seguintes situações: a) desistência da parte autora (25%); b) ausência de comparecimento (45%); c) perempção, litispendência, coisa julgada ou conexão (5%); d) incompetência do órgão julgador (25%).

## Gráfico 2

Resultado do processo por categoria



Fonte: elaborado pelos autores.

O núcleo dessas categorias, o qual se vincula ao problema da pesquisa, refere-se à condenação e ao acordo, pois nessas situações é possível perceber o passivo jurídico na amostra selecionada e notar, por conseguinte, se ocorreu redução dos valores dispendidos pela corporação nas ocasiões em que se adotou um MASC.

Ressalte-se que, nos dados que apresentam os resultados processuais, 34% refletem casos concretos em que foi reconhecida judicialmente a ausência de fundamento jurídico para a pretensão da parte autora, mostrando que os *keyfactors* contribuem para a expansão do passivo jurídico, quando são considerados outros custos, diferentes dos delimitados nesta investigação, no acordo e/ou condenação.

Outra pesquisa encontrou resultados semelhantes relativamente aos *keyfactors* expostos na primeira parte deste trabalho, utilizando inclusive as categorias de improcedência e extinção, os quais, ao serem somados à extinção por desistência e indeferimento da inicial, alcançam o patamar de 55,77% no estado do Amapá e 41,28% no Ceará. Ou seja: ainda existem muitas razões associadas à cultura do conflito judicializado que estimulam a litigância, mais um motivo para inovar no espaço da gestão estratégica de conflitos (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013).

A preponderância dos *keyfactors* associados à cultura do conflito judicializado também foi confirmada em pesquisa realizada com

uma amostra de 455 processos tramitando no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com ajuizamento posterior a março de 2016. Os resultados indicam que em apenas 26% a parte autora declarou interesse em audiência de conciliação, ao passo que 18% manifestaram desinteresse (REIS, 2017).

Ainda é possível notar – quando se conjugam os dados de rito, categoria de demanda e resultado – que 75% das ações nas Varas Cíveis trataram de Direito do Consumidor e tiveram como resultado a condenação da corporação investigada, ao passo que nos Juizados Especiais Cíveis, as demandas envolveram Direito do Consumidor e tiveram como resultado predominante 35% de acordos frente a 23% de condenações; assim, reafirma-se o posicionamento de que os Juizados Especiais promovem a solução consensual entre as partes.

Uma pesquisa realizada entre 2005 e 2009 observou o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis do estado do Rio de Janeiro e verificou um crescimento de 18,34% nas audiências de conciliação realizadas, confirmando que o *design* institucional dos Juizados Especiais é incentivo à autocomposição. Entretanto, o mesmo estudo aponta a necessidade de inovação na gestão estratégica de conflitos, já que constatou, numa amostra de aproximadamente 1,5 milhão de audiências de conciliação realizadas, um percentual médio de apenas 27% de acordos efetivados (PALETTA, 2011).

À mesma conclusão chegou o CNJ em 2015 com base em informações de Juizados Especiais de cinco capitais brasileiras em diferentes regiões do País. Naquela ocasião, verificou-se que a maioria das demandas não resultava em acordo, mas em condenações de obrigação de pagar contra as corporações – revelando, com isso, a tendência exponencial do crescimento do passivo jurídico e a urgência da criação de instrumentos eficazes para a solução extraju-

dicial de conflitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

É possível, pois, afirmar que os conflitos que compuseram a amostra dessa pesquisa documental estão localizados no Nordeste do Brasil, tramitaram perante os Juizados Especiais Cíveis, nos quais a solução de autocomposição representada na categoria de resultado processual “acordo” representou o menor tempo de duração do conflito envolvendo corporações e consumidores, indicando que o sistema de justiça nacional em certa medida incentiva a judicialização dos conflitos. Por outro lado, um percentual relevante das ações foi reconhecido sem fundamento jurídico, com destaque para os aspectos institucionais positivos dos Juizados Especiais, que devem ser incorporados em uma plataforma on-line.

### 3.2.2 Métodos Adequados de Solução de Conflitos adotados

MASCs foram aplicados em 35% das ações judiciais que compõem a amostra, justamente o percentual equivalente aos processos nos quais o resultado foi acordo, porque nas categorias diferentes de condenação, as pretensões das partes autoras careciam de sustentáculo jurídico, ao passo que nas hipóteses de condenação, a despeito da disponibilidade da corporação à autocomposição, ela não foi alcançada.

Sobre esse resultado é cabível detalhar ainda que, em 100% das situações, o procedimento aplicado foi a conciliação. O fato que se explica, em primeiro lugar, em virtude de os processos da amostra aleatória tramitarem em sua maioria (96,15%) no Juizado Especial Cível e, conseqüentemente, por um motivo legal – a Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, [2018]), que instituiu os Juizados Especiais, elenca apenas a conciliação e a arbitragem. Em contrapartida, os MASCs – com a ressalva de que as disposições relativas à

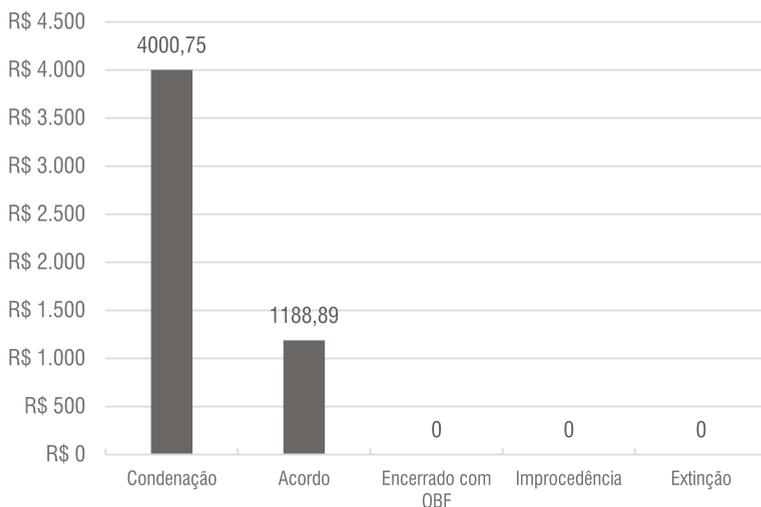
arbitragem se encontram desatualizadas e não têm aplicabilidade prática no cotidiano forense – resumem-se ao incentivo que a norma jurídica forneceu para a conciliação, determinando-a como primeira providência processual.

Outra justificativa diz respeito às características da conciliação e sua adequação aos conflitos que envolvem direito do consumidor (100% na amostra da pesquisa), ou seja, sua aproximação com os conflitos patrimoniais, sem vínculos afetivos, marcados por um relacionamento pontual entre as partes. Não se observa, assim, um conflito oculto, o que demonstra adequação de aplicação desse procedimento na modalidade on-line, sobretudo pela possibilidade de automação e escalabilidade.

Essa foi a razão para que fossem apresentados nesta seção os resultados associados aos custos para a corporação dos processos analisados, delimitados ao valor da condenação e/ou acordo. Dessa maneira, uma visão geral mostra que essas demandas representaram um passivo jurídico médio para a corporação investigada correspondente a R\$ 2.594,82 – R\$ 1.254,48 nos Juizados Especiais e R\$ 5.342,87 nas Varas Cíveis. Porém, é necessária uma análise mais específica; por isso, apresenta-se nos gráficos que seguem o passivo jurídico por resultado processual e por ano:

### Gráfico 3

Passivo jurídico por resultado



Fonte: elaborado pelos autores.

No Gráfico 3, destaque-se que as categorias diferentes de acordo e condenação não representam obrigações de pagar para as corporações; por

isso, os resultados equivalem a zero; entretanto, dado o rigor metodológico adotado, preferiu-se listar todas as categorias de resultados processuais existentes na amostra.

A diferença entre o *ticket* médio do passivo jurídico nos casos de condenação e acordo é visualmente discrepante, sublinhando uma diferença aproximada de 337% em relação ao valor do acordo. Um resultado que por si só já demonstra a relevância de se propor a adoção de ODR para a solução de conflitos envolvendo corporações e consumidores.

Essa informação é imprescindível para a confirmação da hipótese da pesquisa, sintetizada na possibilidade de aplicação extrajudicial de ferramentas de ODR para conflitos entre corporações e consumidores oferecer solução que reduza os impactos do processo judicial na formação do passivo jurídico. A média apresentada no Gráfico 3 indica que houve uma economia de R\$ 2.811,86 por processo, no hiato temporal investigado. Se esse indicador é utilizado como parâmetro, no âmbito do contencioso cível de volume, em que cada corporação mantém anualmente uma carteira com dezenas de milhares de processos, é expressiva a redução do passivo jurídico quanto aos conflitos judicializados.

A adoção de plataforma em ODR é capaz de ampliar ainda mais essa economia, ao passo que reduz outros custos relacionados a cada processo, os quais não foram abordados nesta pesquisa, em razão de delimitação metodológica.

Sabe-se que, além dos conflitos judicializados abordados nesta pesquisa, integram o passivo jurídico os que tramitam nas esferas administrativas e que em alguns casos culminam com multas. Em pesquisa realizada no estado de São Paulo referente a 2016, essas sanções pecuniárias totalizaram em média R\$ 77,6 milhões por corporação (SILVA, 2017). A informação desses valores corrobora o resultado encontrado neste trabalho quanto à possibilidade de redução do *ticket* médio por processo quando comparados quantitativamente condenação e acordo.

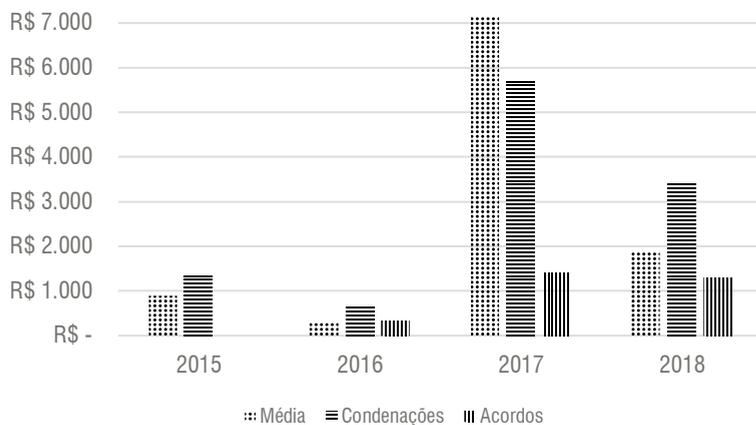
O Gráfico 4 apresenta o passivo jurídico da corporação analisada sob três parâmetros: a) a média dos acordos e condenações nas ações judiciais analisadas; b) o *ticket* médio das condenações; c) o valor médio dos acordos. Os indicadores representam o passivo jurídico das corporações por processo nesses três aspectos, tendo como critério temporal o intervalo entre 2015 e 2018, em que o quantitativo de processos apresenta representatividade ampliada.

O *ticket* médio das condenações mostra-se mais elevado do que a média de ambas as categorias em 2015, 2016 e 2018, posicionando-se de maneira inferior somente no ano de 2017, o que pode ser explicado pelo fato de esse período específico exibir a maior condenação no histórico temporal analisado. Os acordos, por sua vez, são menores que as condenações em

todos os anos e em relação à média, apenas em 2016 com um aumento de R\$ 56,55.

#### Gráfico 4

##### Passivo jurídico por ano



Fonte: elaborado pelos autores.

A análise do passivo jurídico nesse período destina-se a confirmar com maior riqueza de pormenores o resultado apresentado no Gráfico 3: a média dos custos da corporação reduz-se expressivamente quando a conciliação é aplicada em relação à quantia despendida com a condenação: a) em 2015, a economia foi de R\$ 1.356,85 (135.685,00%); b) em 2016, de R\$ 335,84 (200,75%); c) em 2017, de R\$ 4.351,32 (410,81%); d) em 2018, de R\$ 2.112,41 (262,93%).

Logo, independentemente dos parâmetros de análise dos resultados adotados, a constatação é a mesma: a aplicação da conciliação aos conflitos envolvendo corporações e consumidores contribui para a redução do passivo jurídico, o que pode ser maximizado com a adoção de ferramentas em ODR, que consiste num aprimoramento da gestão estratégica de conflitos no contencioso cível de volume, diminuindo as despesas jurídicas no curto prazo e os riscos legais em longo prazo, além da contribuição social à efetivação de direitos.

Verificou-se a disponibilidade da corporação investigada para a auto-composição, de modo que a técnica foi aplicada em 35% das ações judiciais que compõem a amostra, percentual que se relaciona com a categoria de resultado processual em que houve acordo entre os consumidores e a corporação, sublinhando a vantagem de concretizar uma composição de forma imediata e sua relação com uma plataforma em ODR, quanto à automação e à escalabilidade.

A validade da opção metodológica pela conciliação é corroborada ao se constatar que, em relatório sobre os Juizados Especiais dos estados do Ceará, Amapá e Rio de Janeiro, baseado em amostra de aproximadamente 537 mil processos, os percentuais relativos aos conflitos associados às relações de consumo foram respectivamente 51,38%, 78,57% e 92,89%. Desse modo, potencializa-se a capacidade de uma plataforma on-line reduzir o passivo jurídico das corporações envolvidas nesse tipo de demanda (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013).

Nessa mesma pesquisa, outro resultado aponta a relevância da proposta deste trabalho, quando se percebe que os tipos de tentativa de composição extrajudicial se concentram na relação direta entre corporação e consumidor por contato de uma das partes com a outra ou pelo SAC disponibilizado pela pessoa jurídica, conforme os seguintes percentuais: Ceará – 36,09%; Amapá – 70,06%; Rio de Janeiro – 91,05% (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013).

Por fim, no tocante à redução do passivo jurídico das corporações, a hipótese da pesquisa também foi corroborada, pois houve uma diferença aproximada de 337% entre o *ticket* médio de condenação e acordo, representando uma economia de R\$ 2.811,86 por processo, no hiato temporal investigado. A análise do passivo jurídico por ano demonstrou igualmente uma expressiva diminuição nesses custos, alcançando uma diferença de R\$ 4.351,32 ou 410,81%, quando se compararam as médias de condenação e acordo, viabilizando, por conseguinte, uma proposta de intervenção baseada numa plataforma em ODR pela sua capacidade de ampliar ainda mais essa economia, na medida em que reduz outros custos relacionados a cada processo promovendo a autocomposição de maneira mais rápida e eficaz, com ganhos mútuos para as corporações e os consumidores.

## Considerações finais

Diante do amplo contexto de judicialização observado na realidade brasileira, a presente pesquisa partiu do seguinte questionamento: em que medida a adoção de soluções em ODR pelo setor bancário – o setor que mais litiga no Poder Judiciário brasileiro – se mostra adequada para uma melhor gestão dos conflitos? Assim, com o fito de responder a esse questionamento, traçou-se o objetivo geral de analisar a adequação das soluções em ODR para a gestão dos conflitos envolvendo empresas do setor bancário; e os objetivos específicos de analisar o contexto da judicialização dos conflitos envolvendo empresas do setor bancário, tais como as suas principais razões e o seu passivo jurídico; verificar as eventuais vantagens

e desvantagens da adoção de ferramentas em ODR para a solução desses conflitos (analisando, sobretudo, as vantagens em termos de redução do passivo jurídico para as empresas); e, por fim, identificar modelos de ferramentas em ODR que poderiam ser aplicáveis aos conflitos envolvendo empresas do setor bancário.

Concluiu-se que a adoção de plataformas em ODR se mostra vantajosa como forma de ampliar os canais de comunicação disponíveis nas corporações, tais como SAC e ouvidoria, bem como se evidencia como forma de reduzir o passivo jurídico, que compromete 2% do faturamento conjunto das pessoas jurídicas de direito privado no Brasil, além de contribuir para a efetivação de direitos. Entre outras vantagens, menciona-se também a contribuição para a gestão de riscos legais, com o fornecimento de relatórios assertivos acerca dos aspectos que precisam ser aprimorados como comportamento preventivo, otimização da governança corporativa e construção de uma solução mais criativa, adequada, eficaz e menos dispendiosa que diminua o número de conflitos judicializados que as corporações enfrentam.

O principal resultado da análise documental aponta para o fato comprovado empiricamente de que o *ticket* médio no acordo é aproximadamente 377% menor do que na condenação. Além disso, o acordo é oriundo de processos mais rápidos, dado que na amostra da pesquisa se resolveram em até cinco meses. Esses elementos sustentam a viabilidade e a adequação da adoção de plataformas on-line.

O acervo processual que constituiu a amostra tramita predominantemente em Juizados Especiais Cíveis (96,15%), versa sobre conflitos associados ao Direito do Consumidor e demonstra que a aplicação da conciliação reduz em 228% o tempo de duração do processo.

Também se confirmou que os incentivos para litigar, urdidos na cultura do conflito ju-

dicializado, representaram 34% da amostra, quando percebidos os resultados processuais que distinguem as pretensões dos consumidores que tiveram reconhecida judicialmente a ausência de fundamento jurídico, sublinhando um fator que contribui para a expansão do passivo jurídico, especialmente quanto às despesas que se diferenciam da obrigação de pagar e não foram abordadas na pesquisa, em razão de delimitação metodológica.

É sabido que os aspectos institucionais dos Juizados Especiais facilitam a autocomposição, desde o incentivo presente na norma jurídica até características, como informalidade, celeridade e limitação do valor da causa. Esse aspecto foi corroborado na pesquisa documental, uma vez que 75% das ações nas Varas Cíveis trataram de Direito do Consumidor e tiveram como resultado a condenação da corporação investigada, ao passo que, nos Juizados Especiais Cíveis, as demandas abordaram Direito do Consumidor e tiveram como resultado predominante 35% de acordos frente à 23% de condenações, mostrando como adequada a absorção desses elementos pela plataforma on-line.

Quanto ao passivo jurídico, a análise documental mostrou que as demandas representaram um custo médio de R\$ 2.594,82 – R\$ 1.254,48 nos Juizados Especiais e R\$ 5.342,87 nas Varas Cíveis. Especificamente, o *ticket* médio nos casos de acordo reduziu-se à proporção de 337%, representando uma economia de R\$ 2.811,86 por processo, no hiato temporal investigado. A percepção do passivo jurídico por ano indicou da mesma forma considerável decréscimo nesses custos, alcançando uma diferença de R\$ 4.351,32 ou 410,81%.

A proposta de adoção de ODR para a solução de conflitos envolvendo instituições bancárias foi construída com base nesse argumento empírico, nos aspectos teóricos apresentados, nas transformações sociais impulsionadas pelas ino-

vações tecnológicas, abrangendo os conflitos judicializados que envolvem corporações e consumidores, com o propósito de responder ao problema da pesquisa com fundamento numa solução que aprimore a gestão estratégica de conflitos no âmbito do contencioso cível de volume, adotando elementos que permitam a comunicação a distância e a confiança entre os usuários, respeitando os princípios éticos que orientam o desenvolvimento de uma solução em ODR e favorecendo a efetivação de direitos.

Uma plataforma on-line é capaz de maximizar a redução do passivo jurídico das corporações, por meio da diminuição de outros custos relacionados a cada processo, promovendo a autocomposição de maneira mais rápida e eficaz, com ganhos mútuos para os interessados envolvidos.

### Sobre os autores

Lilia Maia de Moraes Sales é doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; pós-doutora pela Columbia University, Nova Iorque, Estados Unidos da América; professora do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

E-mail: lilia@unifor.br

Wilson Sales Belchior é mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, CE, Brasil; especialista em Direito Processual Civil pela Unifor, Fortaleza, CE, Brasil; graduado em Direito pela Unifor, Fortaleza, CE, Brasil.

E-mail: wilson@rochamarinho.adv.br

Gabriela Vasconcelos Lima é mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; doutoranda em Direito na Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.

E-mail: gvasconceloslima@gmail.com

### Como citar este artigo

(ABNT)

SALES, Lilia Maia de Moraes; BELCHIOR, Wilson Sales; LIMA, Gabriela Vasconcelos. Gestão de conflitos no contencioso cível de volume: *Online Dispute Resolution* como instrumento para a redução do passivo jurídico de corporações. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 51-75, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p51](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p51)

(APA)

Sales, L. M. de M., Belchior, W. S., & Lima, G. V. (2019). Gestão de conflitos no contencioso cível de volume: *Online Dispute Resolution* como instrumento para a redução do passivo jurídico de corporações. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 51-75. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p51](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p51)

## Referências

BAETA, Zínia. Justiça custa 2% da receita às empresas. *Valor Econômico*, São Paulo, 18 jan. 2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4396418/justica-custa-2-da-receita-empresas>. Acesso em: 1º jul. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Resolução nº 3.380*. Dispõe sobre a implantação de estrutura de gerenciamento do risco operacional. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2006. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48239/Res\\_3380\\_v3\\_L.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48239/Res_3380_v3_L.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

BARBOSA, Claudia Maria (coord.). *Projeto: causas do progressivo aumento de demandas judiciais cíveis repetitivas no Brasil e propostas para a sua solução*. Pesquisa: demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução: relatório final. Curitiba: Ed. PUCPR: CNJ, 2010. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucpr\\_ edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucpr_ edital1_2009.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

BARNETT, Jeremy. The virtual Courtroom and Online Dispute Resolution. In: UNECE FORUM ON ODR, 2003, [s. l.]. *Proceedings* [...]. [S. l.]: Unece, 2003. p. 1-17. Disponível em: [http://www.mediate.com/Integrating/docs/Barnett\(1\).pdf](http://www.mediate.com/Integrating/docs/Barnett(1).pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

BAUER, Martin W.; AARTS, Bas. A construção do *corpus*: um princípio para a coleta de dados qualitativos. In: BAUER, Martin W.; GASKEEL, George (ed.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 39-63.

BELCHIOR, Wilson Sales. Mediação de conflitos como oportunidade de negócio: transformando o paradigma do escritório de advocacia. *Revista A Barriguda*, Campina Grande, v. 7, n. 1, p. 83-94, jan./abr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.24864/arepb.v7i1.336>. Disponível em: <http://www.abarriguda.org.br/revista/index.php/revistaabarrigudaarepb/article/view/336/199>. Acesso em: 1º jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Online Dispute Resolution e acesso à justiça: qual é a contribuição dos serviços privados? No prelo*.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 1º jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 1º jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira*. [Brasília, DF]: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Justiça em números 2018*. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Perfil do acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*. Brasília, DF: CNJ, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. *An introduction to empirical legal research*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação de conflitos no âmbito jurídico: o crescimento da mediação empresarial no Brasil. *Cadernos FGV Projetos*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 26, p. 62-75, dez. 2015. Disponível em: [https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernos\\_26\\_web\\_0.pdf](https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernos_26_web_0.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro; RAMOS, Luciana; SICA, Lígia Pinto. Corporate law firms: the Brazilian case. *FGV Direito SP*, [São Paulo], n. 140, 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Diagnóstico sobre os juizados especiais cíveis*: relatório de pesquisa. Brasília, DF: Ipea: CNJ, 2013. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013\\_diagnostico\\_sobre\\_juizados.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/181013_diagnostico_sobre_juizados.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

ITAÚ UNIBANCO. *Demonstrações contábeis completas em IFRS*. São Paulo: PWC, 2016. Disponível em: [https://www.italu.com.br/\\_arquivoestaticos/RI/pdf/pt/IFRS31122016.pdf?title=Demonstrações%20Contábeis%20Completas%20\(IFRS\)%20-%204T2016](https://www.italu.com.br/_arquivoestaticos/RI/pdf/pt/IFRS31122016.pdf?title=Demonstrações%20Contábeis%20Completas%20(IFRS)%20-%204T2016). Acesso em: 1º jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Relatório anual consolidado*. [S. l.]: Itaú Unibanco, 2014. Disponível em: [https://www.italu.com.br/\\_arquivoestaticos/RI/pdf/2014RAO\\_port.pdf](https://www.italu.com.br/_arquivoestaticos/RI/pdf/2014RAO_port.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; MUNIZ, Tania Lobo. Morosidade do judiciário e os impactos nas relações negociais internacionais. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; DIAS, Bruno Smolarek; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira (org.). *O acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate*: volume 2. Umuarama: Ed. Unipar, 2015. p. 123-136. Disponível em: [http://pos.unipar.br/files/publicacao\\_academica/cb024a37af0e27db190c0c6ccc3d2b2c.pdf](http://pos.unipar.br/files/publicacao_academica/cb024a37af0e27db190c0c6ccc3d2b2c.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Online Dispute Resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias*. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set./dez. 2016. DOI: 10.17058/rdunisc.v3i50.8360. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360/5586>. Acesso em: 1º jul. 2019.

LYNCH, Jennifer F. Beyond ADR: a systems approach to conflict management. *Negotiation Journal*, Cambridge, MA, v. 17, n. 3, p. 206-216, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.2001.tb00237.x>.

OS 100 MAIORES bancos. *Valor Econômico*, [São Paulo, 2017]. Disponível em: <https://www.valor.com.br/valor1000/2017/ranking100maioresbancos>. Acesso em: 24 jul. 2019.

PALETTA, Mag Carvalho. *Audiência de conciliação nos juizados especiais cíveis cariocas: obstáculo ou solução?* 2011. Dissertação (Mestrado em Práticas Jurisdicionais de Fim) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8586/DMPPJ%20-%20MAG%20CARVALHO%20PALETTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1º jul. 2019.

REIS, Hugo Freitas. A aplicação do novo CPC em números: taxa de observância entre os juizes do TJMG e taxa de interesse das partes em audiência de conciliação. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE PROCESSO CIVIL, 2017, Curitiba. *Anais [...]*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2017. p. 22-47. Disponível em: <http://abdconst.com.br/anais-civil/Hugo%20Freitas%20Reis.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

ROSENTHAL, Gabriele. *Pesquisa social interpretativa: uma introdução*. Traduzido do alemão por Tomás da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2014. *E-book*.

ROSSI, Marcia Cristiane. *Proposta de modelo de gestão de riscos tributários em instituição financeira*. 2017. Dissertação (Mestrado Profissional em Controladoria Empresarial) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3159/5/MARCIA%20CRISTIANE%20ROSSI.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2019.

SANTANDER. *Demonstrações financeiras consolidadas preparadas de acordo com práticas contábeis adotadas no Brasil*. São Paulo: Santander, 2014. Disponível em: [https://www.santander.com.br/document/wps/DF\\_4T14\\_31012015.pdf](https://www.santander.com.br/document/wps/DF_4T14_31012015.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Demonstrações financeiras individuais e consolidadas preparadas de acordo com práticas contábeis adotadas no Brasil aplicáveis às instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil*. São Paulo: Santander, 2016. Disponível em: <http://siteempresas.bovespa.com.br/DWL/FormDetalheDownload.asp?site=C&prot=545816>. Acesso em: 1º jul. 2019.

SANTOS FILHO, Hermílio Pereira dos (coord.). *Demandas judiciais e morosidade da justiça civil: relatório final ajustado*. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2011. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf). Acesso em: 1º jul. 2019.

SILVA, Lucas do Monte. O incidente de resolução de demandas repetitivas e as relações de consumo: análise empírica da viabilidade jurídica. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [São Paulo], v. 4, n. 2, p. 87-104, jun. 2017. Disponível em: [http://reedpesquisa.org/revista/index.php/reed/article/view/172/pdf\\_5](http://reedpesquisa.org/revista/index.php/reed/article/view/172/pdf_5). Acesso em: 1º jul. 2019.

STIPANOWICH, Thomas J.; LAMARE, J. Ryan. Living with ADR: evolving perceptions and use of mediation, arbitration, and conflict management in fortune 1000 corporations. *Harvard Negotiation Law Review*, Cambridge, MA, v. 19, n. 1, p. 1-68, 2014.



# Sobre o requisito de “grave violação de direitos humanos” no incidente de deslocamento de competência

Aportes do Direito Internacional

RAFAEL SOARES LEITE

**Resumo:** Com base no conjunto de análises realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça, o artigo examina a hipótese constitucional de cabimento do incidente de deslocamento de competência, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, referente à “grave violação de direitos humanos”. Investiga-se se é possível atribuir maior objetividade e precisão a esse conceito com base numa matriz jurídica que tem sido relativamente ignorada em sua apreciação – o Direito Internacional. Se a federalização dos crimes contra direitos humanos, instrumentalizada no incidente de deslocamento, tem também como escopo atuar responsivamente quando se está sujeito ao escrutínio internacional, é relevante estabelecer se o Direito Internacional pode oferecer balizas mais seguras para a aplicação dessa ferramenta.

**Palavras-chave:** Direito Internacional. Incidente de deslocamento de competência. Grave violação de direitos humanos. Superior Tribunal de Justiça. Emenda Constitucional nº 45/2004.

## Regarding the “gross human rights violation” requirement in the procedural issue of jurisdictional shift: contributions from international law

**Abstract:** Based on the analytical structure carried by the Brazilian Superior Court of Justice, this article explores the constitutional admissibility assumption of the procedural issue of jurisdictional shift, established by Constitutional Amendment n. 45/2004, related to “gross human rights violation”. It inquires if it is possible to ascribe greater objectivity to this concept, taking the view of a legal matrix that has been long ignored in the assessment of this procedural issue – international law. If the federalization of human rights crimes has, also, as its purpose, acting out responsively to

Recebido em 8/3/19  
Aprovado em 31/3/19

international scrutiny, it is relevant to assert if international law can offer better reference points for the use of this legal tool.

**Keywords:** International law. Procedural issue of jurisdictional shift. Gross human rights violation. Superior Court of Justice. Constitutional Amendment 45/2004.

## 1 Introdução

A Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 (BRASIL, [2009b]) inaugurou no Brasil o incidente de deslocamento de competência (IDC) (ou incidente de deslocamento), reconhecido como instrumento jurídico-processual voltado à federalização da competência sobre atos violatórios de direitos humanos.

O desenvolvimento de seus requisitos de admissibilidade tem sido realizado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em casos que analisou, ora deferindo o deslocamento, ora rechaçando-o. Não há ainda lei regulamentando a matéria.

O incidente de deslocamento, tal como concebido na EC nº 45, tem por finalidade responder de maneira mais efetiva e adequada às violações de direitos humanos quando as instâncias locais se mostrem insuficientes ou falhas para investigar e processar atos reputados como atentatórios aos direitos humanos. De maneira reflexa, possibilita que o Estado brasileiro possa atuar de maneira responsiva quando sujeito ao escrutínio internacional, seja em procedimentos convencionais – isto é, previstos em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil –, seja em razão da atuação de órgãos intergovernamentais, como o Conselho de Direitos Humanos (CDH). Assim, o IDC serve, a um só tempo, tanto à efetividade da justiça como à realização obrigacional – de matriz constitucional e internacional – do Estado brasileiro como protetor dos direitos humanos.

O presente artigo tem como objetivo contribuir para o debate, examinando a hipótese de cabimento inscrita no texto constitucional: “grave violação de direitos humanos”.

Além disso, sob a premissa de forte engajamento do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), enfatizam-se as elaborações regionais, especialmente as das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a respeito de graves violações de direitos humanos. Por fim, examinamos se essas construções podem enriquecer o debate e oferecer contornos mais nítidos para

a aplicação desse requisito de admissibilidade do incidente de deslocamento de competência.

## 2 Intenções originais e o caminho legislativo do IDC<sup>1</sup>

O IDC foi introduzido no art. 100, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]) pela EC nº 45/2004. Esta, por sua vez, originou-se da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 96/1992 (BRASIL, 1992a), que tramitou com outras cinco proposições apensadas, entre elas a PEC nº 368/1996 (BRASIL, 1996), de autoria do Poder Executivo. A PEC nº 368/1996 pretendia atribuir “competência à Justiça Federal para julgar os crimes praticados contra os Direitos Humanos”.

Originalmente, a PEC nº 368/1996 tinha como propósito deliberado deslocar, de maneira geral e abrangente, a competência para investigar e julgar crimes relacionados a direitos humanos da esfera estadual para a esfera federal. De acordo com sua Exposição de Motivos, com a CRFB

as lesões aos Direitos Humanos ficaram sob a égide do aparelhamento policial e judicial dos Estados Federados que, em face de razões históricas, culturais, econômicas e sociais, têm marcado sua atuação significativamente distanciada dessa temática.

Esse distanciamento apresenta-se ainda mais concreto e evidente nas áreas periféricas das cidades e do campo, em que fatores econômicos e sociais preponderam indevidamente na ação do aparelhamento estatal. Essa fragilidade institucional criou clima propício para cada vez mais frequentes violações dos Direitos Humanos em nosso País, que ficam imunes à atuação fiscalizadora e repressora do Estado (BRASIL, 1996, p. 17.130).

<sup>1</sup> Agradecemos ao serviço de atendimento ao cidadão da Câmara dos Deputados as informações a respeito do trâmite das PECs nºs 96/1992 e 368/1996, que possibilitaram a pesquisa desenvolvida nesta seção.

Incumbiria, portanto, à Justiça Federal e ao Ministério Público da União atuar em relação aos crimes de direitos humanos, uma vez que, conforme a Exposição de Motivos, esses órgãos “vêm se destacando no cenário nacional como exemplos de isenção e de dedicação no cumprimento de seus deveres institucionais” (BRASIL, 1996, p. 17.130).

Assim, destaque-se que, na sua concepção originária, a atribuição de competência federal para julgar causas envolvendo direitos humanos era muito mais ampla. De acordo com a PEC nº 368/1996, dois novos incisos, o XII e o XIII, acresceriam às competências da Justiça Federal estabelecidas no art. 109 da CRFB, com a seguinte redação:

XII – os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos;

XIII – as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse (BRASIL, 1996, p. 17.125).

A proposta inicial não fez referência a tratados internacionais de direitos humanos. O critério para a federalização teria mais um cunho subjetivista, definido a partir dos bens ou interesses “sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos” ou quando esse mesmo órgão ou o procurador-geral da República manifestassem interesse. Todavia, isso seria alterado no percurso legislativo da PEC nº 368/1996.

No âmbito da Câmara dos Deputados, foi instituída uma Comissão Especial para apreciar a PEC nº 96/1992 e seus apensos – que incluíam a PEC nº 368/1996. A deputada Zulaiê Cobra foi designada como relatora para os trabalhos dessa Comissão.

Por sua vez, no trâmite dessa Comissão Especial, também foram propostas duas emen-

das parlamentares em relação à federalização dos crimes de direitos humanos: a de nº 24 (BRASIL, 1999d), de autoria do deputado Max Rosenmann, e a de nº 43 (BRASIL, 1999b), de autoria do deputado José Antonio. Em ambas, constou referência aos tratados de direitos humanos. Nos termos dessas emendas, atribuía-se à Justiça Federal competência para julgar “os crimes praticados contra direitos humanos, como tal definidos em cláusulas de tratados que vinculem o Brasil”.

As duas emendas ao projeto afastavam-se do critério subjetivista da PEC nº 368/1996 e adotavam parâmetro mais objetivo, entendendo que os crimes contra os direitos humanos seriam aqueles assim definidos em tratados ratificados pelo Estado brasileiro.

Em comum com a PEC nº 368/1996 e as emendas ao projeto estava a intenção de federalizar todos os crimes contra os direitos humanos, e não apenas quando ocorressem falhas investigativas e processuais nas instâncias locais. Na avaliação tanto da PEC original quanto dos congressistas propositores de emendas ao projeto, as instâncias locais não teriam a imparcialidade necessária para investigar e processar esses crimes, os quais deveriam, portanto, ser sempre de competência federal.

A dinâmica legislativa reformulou e reduziu a amplitude inicialmente prevista na PEC nº 368/1996. O texto proposto pela deputada relatora retirou a ideia de se atribuir competência originária à Justiça Federal para os crimes de direitos humanos e instituiu um incidente processual específico. Desse modo, no exercício da competência originária dos Estados-membros para julgar casos envolvendo violações de direitos humanos, a competência somente poderia ser deslocada para a Justiça Federal após provocação e deferimento pelo STJ.

Como destacou a relatora em seu parecer,

o deslocamento da competência para processar e julgar tais crimes será medida mais consentânea com a fluidez inerente ao conceito de direitos humanos. [...] Ocorrerá o deslocamento de competência para a justiça federal nos casos em que o STJ, apreciando pedido do Ministério Público, entender que se trate de grave violação de direitos humanos, por motivos como a violação reiterada desses direitos ou ainda a demora injustificada da prestação jurisdicional ou em face de obstáculos à investigação da Justiça estadual (BRASIL, 1999c, p. 846).

Um dos principais pontos de debate nos trabalhos legislativos era a dificuldade de se conceituar “crimes contra direitos humanos”. A deputada relatora entendia as dificuldades da conceituação e esclarecia as razões da redação por ela proposta: “Eu achei que fui muito clara no texto [sobre o cabimento do incidente de deslocamento]: na hipótese de grave violação dos direitos humanos, conforme definido nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte” (BRASIL, 1999a, p. 56.444)<sup>2</sup>.

Note-se que, em complementação de voto da deputada relatora responsável pelo parecer na PEC nº 96/1992, o texto já se assemelhava bastante àquele que foi promulgado<sup>3</sup>. As alterações subsequentes na proposta recaíram principalmente sobre a legitimidade, que foi restringida para autorizar tão somente o procurador-geral da República como requerente, bem como dispensar a exigência de regulamentação por lei processual.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Ver, em especial, Brasil (1999a, p. 56.443-56.445).

<sup>3</sup> No substitutivo que acompanhou a complementação de voto constava: “§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos conforme definidos nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, o Ministério Público, a vítima, seu representante legal ou seu ascendente, descendente, cônjuge ou irmão poderão suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, na forma prevista na lei processual” (BRASIL, 1999c, p. 878).

<sup>4</sup> O incidente de deslocamento de competência não constou do substitutivo final aprovado pela Comissão Especial e que foi encaminhado ao Plenário da Câmara para

Em suma, originalmente a PEC nº 368/1996 buscava atribuir à Justiça Federal competência geral para julgar violações contra direitos humanos, com base no interesse manifestado pelo órgão federal de proteção dos direitos humanos e da Procuradoria-Geral da República. As emendas parlamentares à proposta apenas alteravam o foco para que a definição de crimes contra os direitos humanos fosse feita baseada na sua definição em tratados ratificados pelo Brasil. O substitutivo apresentado pela relatora retirava a competência originária da Justiça Federal e condicionava o deslocamento de competência à apreciação do STJ, mas manteve certa referência à maneira como seriam identificados os direitos humanos – “conforme definidos nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte”.

Contudo, a versão final aprovada pelo Congresso excluiu essa indicação, e o art. 109, § 5º, teve a seguinte redação<sup>5</sup>:

nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (BRASIL, [2009b]).

Sobrevive, como intenção do dispositivo, a “premissa de que os crimes contra os direitos

---

votação. No momento em que foi apreciado o relatório proposto pela relatora, foi aprovado o Destaque nº 238, que excluiu a proposta relacionada ao art. 109, § 5º. Contudo, em discussão em Plenário, a inclusão do § 5º no art. 109 foi restabelecida na Redação Final da PEC nº 96/1992, com o texto que foi finalmente incorporado na EC nº 45/2004. Nesse ponto, o texto não sofreu alteração no Senado Federal; ver Brasil (2000).

<sup>5</sup> Também foi inserido o inc. V-A no art. 109, atribuindo a competência correspondente à Justiça Federal, com a seguinte redação: “as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo” (BRASIL, [2009b]).

humanos são previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, é a União que tem a responsabilidade internacional pela sua prevenção e repressão” (DEMO, 2005, p. 11). Nessa mesma linha, Piovesan (2005) reputa que a federalização dos crimes contra os direitos humanos se justifica pelo fato de a União deter, exclusivamente, responsabilidade internacional para responder por eles, mas não tem, muitas vezes, responsabilidade nacional, por nem sempre dispor de competência para investigar, processar e punir a violação de certos crimes violatórios dos direitos humanos.

Bichara (2015, p. 11) também compartilha dessa compreensão, ao ver no instrumento

um cuidado maior em relação ao cumprimento dos tratados de direitos humanos que possuem dispositivos de controle no plano internacional, notadamente no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde a responsabilidade do Estado brasileiro pode ser engajada, ou no âmbito de proteção universal onusiano, que pode apontar as disfunções do seu regime jurídico interno em relação à efetivação, promoção e proteção dos direitos humanos nos instrumentos internacionais concluídos.

Caberia, portanto, ao STJ, com base em sua jurisprudência constante, definir as “hipóteses de grave violação de direitos humanos” que ensejam o deslocamento.

### 3 Como o IDC tem sido aplicado pelo STJ

Embora o instituto já tenha mais de uma década, o STJ apreciou em definitivo, por órgão colegiado, seis casos de incidente de deslocamento até o fim de 2018. Como apontou a ministra relatora do IDC nº 14 (BRASIL, 2018b, p. 12), em exposição que recapitula os casos:

Passados aproximadamente 14 anos da vigência do instituto, foram autuados nesta Corte Superior apenas 17 incidentes de deslocamento de competência; desses, 6 foram reautuados para outras classes processuais (IDCs 6, 7, 8, 13, 16 e 17), 3 foram extintos liminarmente sem julgamento de mérito (IDCs 4, 11,12), 4 estão em andamento (IDCs 9, 10, 15, além do presente) e apenas outros 4 tiveram o mérito apreciado nesta Terceira Seção (IDCs 1, 2, 3 e 5).

Se a sua aplicação tem sido feita de maneira parcimoniosa e refletida pelo STJ, isso é mérito da seriedade com que o instituto tem sido tratado. A banalização da federalização da competência para julgamento de processos relacionados à violação de direitos humanos, além de seu potencial disruptivo para o equilíbrio federativo, poderia acentuar o exercício da autoridade central em detrimento e desprestígio das instituições locais.<sup>6</sup> Esse ponto é cuidadosamente reconhecido pelo próprio STJ nas vezes em que se manifestou sobre o assunto.

É nesse delicado equilíbrio entre a responsabilização internacional do Brasil e a autonomia e competências constitucionais dos entes locais que repousa o manejo do IDC. Por ter sido indeferido, o primeiro incidente de deslocamento (IDC nº 1/PA) suscitado perante o STJ talvez não tivesse tido uma estreia tão auspiciosa. Contudo, foi a primeira oportunidade lançada aos ministros do STJ para que traçassem algumas balizas do instituto e de requisitos para a sua aplicação.

O voto do ministro relator e os votos concordes em separado dos demais membros da seção evidenciam a sensibilidade política que decisões desse porte podem causar. Por um lado, os ministros tentaram deixar mais do que claro a inexistência de qualquer intenção em absolver ou sinalizar para uma absolvição dos acusados da morte da missionária Dorothy Stang. Por outro lado, apontaram para os riscos de que o incidente, se usado indiscriminadamente, poderia implicar desprestígio para as instituições estaduais – em especial, o Poder Judiciário, o Ministério Público e as polícias locais, em prol de uma supremacia da Justiça Federal, o que não estaria de acordo com o pacto federativo. Os IDCs julgados posteriormente ofereceram mais alguns contornos para a aplicação desse instituto.

De acordo com o STJ, o IDC é “instrumento político-jurídico, de natureza processual penal, destinado a assegurar a efetividade da pres-

---

<sup>6</sup> Além desses pontos, soma-se certa preocupação doutrinária de que a ausência de parâmetros resulte em “grave retrocesso antidemocrático, quando usado como instrumento para retirar do juiz natural a competência para julgar, ferindo o devido processo legal”, implicando, para o processo, a “ingerência de valores meramente simbólicos e midiáticos”, “manipulações casuísticas em virtude de pressões midiáticas e discursos de ódio” (DAVID; CAMBI, 2013, p. 284). Em resposta a esse tipo de crítica, ver Cazetta (2009). A nosso ver, o comedimento e temperança do STJ no manejo do IDC afasta, por enquanto, esse temor.

tação jurisdicional em casos de crimes contra os direitos humanos, previstos em tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte” (BRASIL, 2014a, p. 7).

O STJ entende que o § 5º do art. 109 tem eficácia direta e imediata, dispensando a apresentação de uma lei integrativa ou de uma regulamentação própria (BRASIL, 2005). Nas palavras do ministro Hélio Quaglia Barbosa em seu voto em separado, trata-se de norma de “incidência imediata na sua eficácia, como regra de natureza e essência processual, ainda que no plano constitucional” (BRASIL, 2005, p. 43-44). Contudo, como se depreende de certos votos do julgamento, parece ser possível uma lei que discipline e regule o instituto.

De acordo com a ainda escassa jurisprudência, o incidente de deslocamento deve ser aplicado em situações excepcionalíssimas, demonstrando-se sua necessidade, excepcionalidade, subsidiariedade e imprescindibilidade. Assim, ao incidente deve ser dada uma interpretação restrita (BRASIL, 2005) (voto em separado do ministro Nilson Naves). O STJ tem entendido pela existência de três requisitos para que o incidente de deslocamento de competência seja deferido:

1) ocorrência de grave violação dos direitos humanos – a ausência de uma definição constitucional a respeito do que seria uma grave violação dos direitos humanos não serve como óbice para aplicação do incidente de deslocamento de competência, não obstante sua definição seja, do ponto de vista de um dos ministros, “casuística, multifacetada e contém certa carga de subjetividade” (BRASIL, 2018b, p. 14);

2) “a demonstração inequívoca, no caso concreto, de ameaça efetiva, real, ao cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil” (BRASIL, 2005, p. 10), ou, dito de outro modo pela ministra Laurita Vaz, “o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais” (BRASIL, 2010, p. 13). No IDC nº 2, o STJ considerou que o fato de existir uma medida provisória deferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos seria uma forma de demonstrar o cumprimento desse requisito<sup>7</sup>;

3) a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas – isto é, “incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o

---

<sup>7</sup> Contudo, no IDC nº 5, esse requisito foi bastante abrandado, pois no caso que foi ali examinado não havia aparentemente nenhum caso pendente em instâncias internacionais. No IDC nº 5, o fato mais marcante a justificar o seu deferimento pelo STJ foi o fato de existir, de acordo com o voto do ministro relator, “conflito institucional entre os órgãos envolvidos com a investigação e a persecução penal dos ainda não identificados autores do crime” (BRASIL, 2014c, p. 21). No IDC nº 3 (BRASIL, 2014b), essa linha de entendimento foi relativamente seguida.

Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a perseguição penal” (BRASIL, 2005, p. 17-18). Diferente dos demais pressupostos, esse seria um pressuposto implícito ou um consectário lógico dos demais. Ao que parece, esse permanecerá sendo o requisito fulcral nas questões suscitadas em relação ao incidente. Para o STJ,

a confiabilidade nas instituições públicas, constitucional e legalmente investidas de competência originária para atuar em casos como o presente – *Polícia, Ministério Público, Judiciário* – deve, como regra, prevalecer, ser apoiada e prestigiada, só afastando a sua atuação, a sua competência, *excepcionalmente, ante provas indubitadas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais ou materiais etc.* em levar a cabo a apuração e julgamento dos envolvidos na repugnante atuação criminosa, assegurando-se-lhes, no entanto, as garantias constitucionais específicas do devido processo legal (BRASIL, 2005, p. 17, grifos do autor).

Esse terceiro pressuposto verifica-se quando “as instituições do Estado federado se revelarem desidiosas, omissas, lenientes para a proteção dos direitos humanos, tem cabimento, em tese, a federalização tal como previsto pela Emenda Constitucional nº 45, em caso concreto” (BRASIL, 2005, p. 32) (voto em separado do ministro José Arnaldo da Fonseca); “a violação não tenha sido investigada, apurada, não tenha sido objeto da perseguição penal e de processamento e julgamento” (BRASIL, 2005, p. 36) (voto em separado do ministro Gilson Dipp).

Desse modo, o terceiro pressuposto somente se aplicaria quando as instâncias estaduais não estivessem cumprindo suas obrigações institucionais. A lógica que justifica o IDC está prevista, também, na processualística penal, por meio do instituto do desaforamento em relação ao tribunal do júri, estabelecido no art. 427 do

Código de Processo Penal (CPP), embora talvez sob critérios mais amplos.<sup>8</sup> De acordo com o STJ, os três requisitos são cumulativos, isto é, o incidente somente poderá ser declarado procedente quando constatada a configuração concomitante dos três pressupostos.

No IDC nº 14, a ministra relatora aglutinou o segundo e terceiro requisitos num só, por ver neles uma forte correlação, pois “é a desídia na apuração e julgamento dos fatos relacionados às violações de direitos humanos que atrai o risco de responsabilização internacional contra o Estado brasileiro” (BRASIL, 2018b, p. 16). Desse modo, o nascente instituto do incidente de deslocamento de competência começa a ganhar contornos mais nítidos, com base na prática judicial e nas reflexões do STJ.

Embora aparente ser um critério demasiado aberto, com análise “casuística, multifacetada e [que] contém certa carga de subjetividade”, como se posiciona a ministra relatora no IDC nº 14 (BRASIL, 2018b, p. 14), em realidade o requisito atinente à “grave violação de direitos humanos” pode ser mais bem delimitado se houver abertura para as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais no âmbito do Direito Internacional público, em especial, do Direito Internacional dos direitos humanos. Com isso, ao densificá-lo com base numa abordagem jusinternacionalista, ele deixa de ser um “conceito jurídico indeterminado”, como aponta Cazetta (2009), para se tornar progressivamente determinável.

É nosso propósito, portanto, abordar o debate internacionalista e indicar, com as devidas

<sup>8</sup> Prevê o art. 427: “Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas” (BRASIL, [2018a]).

adaptações inerentes e necessárias à transposição, as possibilidades de se definir com mais precisão em que consiste a “grave violação de direitos humanos”.<sup>9</sup>

#### **4 Graves violações de direitos humanos no Direito Internacional**

A hipótese constitucional de cabimento do IDC é a ocorrência de “grave violação de direitos humanos”. Contudo, conexa a essa hipótese está presente no texto constitucional a finalidade que justifica a existência desse instituto: “assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte” (BRASIL, [2017a]). É o eco da preocupação surgida com as emendas parlamentares à proposta de emenda em sua fase gestacional. Embora se tenha descartado que os crimes de direitos humanos sejam aqueles “como tal definidos em cláusulas de tratados que vinculem o Brasil”, a ponte feita para receber a abordagem internacionalista permanece clara na sua redação vigente.

Implícita na implementação do instituto está a ideia de subsidiariedade. De acordo com o princípio da subsidiariedade, a proteção e defesa dos direitos humanos incumbe, primordialmente, às instituições nacionais, entre as quais certamente o Poder Judiciário, o Ministério Público e a polícia judiciária assumem forte protagonismo. O acionamento de instâncias internacionais – como o SIDH ou os órgãos constituídos por tratados (*treaty bodies*) ou órgãos das Nações Unidas – somente ocorreria se as instituições locais falhassem nessa proteção ou não endereçassem, de maneira adequada, as violações. Sob essa perspectiva, o Direito Internacional surge apenas como uma “rede de proteção” caso o direito nacional não responda a contento às violações de direitos humanos, oferecendo remédios e instrumentos de reparação e correção de injustiças.

O IDC, como instrumento voltado ao equacionamento de falhas das instâncias locais (conforme o STJ o compreendeu), assume relevância para possibilitar ao Estado brasileiro assegurar a defesa dos direitos humanos tanto como reação a uma violação constatada por órgãos

---

<sup>9</sup> A jurisprudência do STJ, embora indique que o IDC é aplicável independentemente de lei, admite eventual regulamentação normativa. Ainda que sobrevenha lei regulamentadora, Cazetta (2009) entende que ela não poderá esgotar as hipóteses de grave violação de direitos humanos. Como aponta, “pode o legislador definir situações apriorísticas de deslocamento de competência, mas tal regulamentação não poderá impedir que outras hipóteses fáticas venham a preencher a moldura genérica posta no § 5º do artigo 109 da Constituição Federal” (CAZETTA, 2009, p. 153).

internacionais, quanto como prevenção, proporcionando-lhe um mecanismo mais eficiente para que possa, ele próprio, realizar as correções de disfuncionalidades pontuais ou sistemáticas, no âmbito da persecução criminal, relacionadas às violações de direitos humanos.

Nesse contexto, “grave violação de direitos humanos” e “assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos” são expressões que devem ser conjugadas simultaneamente para que se possa fundamentar o deslocamento de competência. Se o instituto tem como propósito oferecer um mecanismo para assegurar o cumprimento de obrigações internacionais assumidas pelo Brasil no campo dos direitos humanos, a definição nacional – seja pela doutrina, seja pela jurisprudência – acerca do que constitui “grave violação de direitos humanos” deve ser percebida como garantia suplementar. Todavia, relevam os tipos de violações que o Direito Internacional considera nessa categoria.

Dito de outro modo: uma vez que a finalidade do IDC é assegurar o cumprimento de obrigações internacionais, a definição de “grave violação de direitos humanos” deveria ser buscada primariamente no âmbito do Direito Internacional, sem prejuízo evidentemente de outros desenvolvimentos no Direito brasileiro que possibilitem conferir maior efetividade à proteção desses direitos.

Contudo, a referência à “grave violação de direitos humanos” é feita na CRFB. Caberia investigar, numa etapa subsequente, se o Direito Internacional apresenta alguma construção teórica, com certa coerência, que possibilite melhor definição dessa categoria. Embora esse conceito jurídico tenha sido eleito pelo Direito brasileiro e introduzido na CRFB, a ideia da gradação de violações de direitos humanos entre aquelas reputadas graves e outras não graves não é desconhecida no Direito Internacional dos direitos humanos. Ela pode ser buscada em documentos internacionais e jurisprudência de outros órgãos internacionais<sup>10</sup>.

Contudo, definir “grave violação de direitos humanos” não é tarefa simples, pois pressupõe, ao menos, a compartimentalização dos direitos humanos em dois tipos: aqueles cuja violação seria reputada grave e aqueles cuja violação seria qualificada como não grave. Conquanto a distinção implicitamente feita pelo texto constitucional entre violação grave de direitos humanos e violação não grave encontre ressonância em certos desdobramentos no âmbito do Direito Internacional dos direitos humanos, essa categorização não é imune a críticas.

---

<sup>10</sup> Ver, no âmbito da ONU, Naciones Unidas (2004, p. 6) e Brasil (2013, p. 53-54). No âmbito do Direito Penal internacional, ver: United Nations (1998, p. 39, 2004b, p. 8, 2009a, 2009b, p. 85).

De acordo com Scheinin (2013), uma diferenciação dessa ordem colocaria em questão a premissa de que todos os direitos humanos são universais e fundamentais. Se assim o são, elevar determinadas categorias a um *status* especial ameaçaria a força normativa de um catálogo mais amplo de direitos humanos. Isso criaria uma ordem de preferências de valores morais, resultando numa hierarquia entre direitos humanos. Para esse autor, o direito positivo relacionado aos direitos humanos – consubstanciado nos instrumentos normativos internacionais – não favoreceria essa compartimentalização.

Ainda que seja pertinente a crítica, o fato é que o direito brasileiro incorporou essa distinção, e o Direito Internacional aceita-a em certo grau. Cabe-nos, pois, tentar articular uma resposta a respeito de violações de direitos humanos reputadas como graves.

Embora não use o termo “grave violação de direitos humanos”, o Comitê de Direitos Humanos (CDH) – órgão responsável pela aplicação e interpretação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)<sup>11</sup> – oferece alguns parâmetros para sua compreensão em seu Comentário Geral nº 31:

Quando a investigação referida no parágrafo 15 revela violações de certos direitos contidos no Pacto, os Estados partes devem assegurar que os responsáveis sejam punidos. Em relação à falha em investigar, a falha em levar à justiça os perpetradores de tais violações pode ela própria conduzir a uma violação autônoma do Pacto. Essas obrigações surgem notavelmente em relação às violações reconhecidas como crimes sob o direito doméstico ou internacional, tais como tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7), execução sumária e arbitrária (artigo 6) e desaparecimentos forçados (artigos 7 e 9 e, frequentemente, 6). De fato, o problema da impunidade dessas violações, um tema de preocupação persistente do Comitê, pode ser um elemento importante que contribui para a recorrência dessas violações. Quando cometidos como parte de um ataque disseminado ou sistemático sobre a população civil, essas violações do Pacto são crimes contra a humanidade (UNITED NATIONS, 2004a, p. 7, tradução nossa).<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> O Estado brasileiro ratificou o PIDCP em 24/1/1992 e ele foi incorporado ao Direito brasileiro pelo Decreto nº 592, de 6/7/1992 (BRASIL, 1992b).

<sup>12</sup> No original: “18. Where the investigations referred to in paragraph 15 reveal violations of certain Covenant rights, States Parties must ensure that those responsible are brought to justice. As with failure to investigate, failure to bring to justice perpetrators of such violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant. These obligations arise notably in respect of those violations recognized as criminal under either domestic or international law, such as torture and similar cruel, inhuman and degrading treatment (article 7), summary and arbitrary killing (article 6) and enforced disappearance (articles 7 and 9 and, frequently, 6). Indeed, the problem of impunity for these violations, a matter of sustained concern by the Committee, may well be an important contributing element in the recurrence of the violations. When committed as part of a widespread or systematic attack on a civilian population, these violations of the Covenant are crimes against humanity (see Rome Statute of the International Criminal Court, article 7)”.

A Corte IDH<sup>13</sup> tem feito distinção quanto à existência de graves violações de direitos humanos e outras violações que não são reputadas graves:

Como já foi assinalado por este Tribunal, toda violação aos direitos humanos supõe uma certa gravidade por sua própria natureza, porque implica o incumprimento (sic) de determinados deveres de respeito e garantia dos direitos e liberdades a cargo do Estado a favor das pessoas. No entanto, isto não deve ser confundido com o que o Tribunal ao longo de sua jurisprudência considerou como “violações graves aos direitos humanos”, as quais, como se desprende do estabelecido anteriormente, possuem uma conotação e consequências próprias (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2012, p. 7).<sup>14</sup>

A principal razão de a Corte IDH ter elaborado e desenvolvido o conceito de graves violações de direitos humanos são seus efeitos sobre a prescrição, principalmente na esfera penal, bem como a proibição de anistias irrestritas mediante leis (as denominadas “anistias brancas”). Conforme a Corte IDH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 64), crimes que se caracterizam como graves violações de direitos humanos são imprescritíveis, não podem sujeitar-se às leis de anistia de maneira absoluta e irrestrita, nem estão sujeitos a excludentes de responsabilidade.

Deve-se, então, investigar o que a Corte IDH tem reputado como “graves violações de direitos”. Também em caso envolvendo o Estado brasileiro, a Corte IDH apresenta uma lista – não taxativa – indicando os casos reconhecidos como graves violações de direitos humanos:

De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por *graves violações dos direitos humanos*, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. [64], grifo nosso).

Logo, tanto o CDH quanto a Corte IDH<sup>15</sup> convergem para a consideração dos seguintes crimes como “graves violações de direitos humanos”:

---

<sup>13</sup> A Corte IDH é órgão instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e tem função jurisdicional internacional, com decisões vinculantes no exercício de sua competência contenciosa. O Estado brasileiro ratificou a CADH em 25/9/1992 e ela foi incorporada pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992 (BRASIL, 1992c). O Brasil aceitou a competência contenciosa da Corte IDH em 12/10/1998.

<sup>14</sup> Ver manifestações nesse sentido em: Organización de los Estados Americanos (2007, p. [33-54], 2011b, p. 47).

<sup>15</sup> Na jurisprudência constante da Corte IDH, a caracterização dessas modalidades de crimes como graves violações de direitos humanos também é assim definida em Organización de los Estados Americanos (2011a, p. [67], 2011b, p. 47-48).

(a) tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; (b) execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias; (c) desaparecimentos forçados.

Na zona de certeza positiva no âmbito de Direito Internacional dos direitos humanos, esses crimes constituem “graves violações de direitos humanos”. Por conseguinte, em relação a esse primeiro requisito destrinchado na jurisprudência do STJ, para a aplicação do IDC bastaria que a denúncia envolvesse crimes relacionados a essas violações.

Destaque-se que tais crimes poderão ser reputados como “grave violação de direitos humanos” independentemente de se enquadrarem num contexto de violações sistemáticas ou generalizadas de direitos humanos – isto é, não há necessidade de que haja um concerto político em determinadas instâncias estatais que favoreçam ou promovam esse tipo de violação, como ocorre, em regra, com os crimes contra a humanidade.

Além dessas hipóteses do CDH e da Corte IDH, o Estatuto de Roma (BRASIL, 2002), que instituiu o Tribunal Penal Internacional (TPI), cuida de outras categorias de crimes que podem ser, também, enquadradas na hipótese constitucional do IDC. O Estatuto de Roma foi ratificado pelo Estado brasileiro em 20/6/2002 e incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25/9/2002. O Estatuto de Roma criou o TPI, tribunal penal internacional permanente com sede em Haia, e definiu os crimes que se submetem à sua jurisdição.

Como também ocorre com as comunicações individuais processadas no âmbito do SIDH, aplica-se ao TPI o princípio da subsidiariedade. Piovesan (2005, p. 7) aponta que

só poderá ser acionada a jurisdição internacional se as instituições nacionais (que têm a responsabilidade primária) não puderem e/ou quiserem exercer sua jurisdição para julgar os mais graves crimes internacionais (ex.: colapso substantivo no sistema de justiça).

A subsidiariedade está prevista no art. 1º do Estatuto de Roma, o qual prevê que o TPI é “complementar às jurisdições penais nacionais”. As justificativas do exercício da jurisdição do TPI encontram-se em seu art. 17, como o caso do Estado envolvido que não tem vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento criminal, ou que não tenha capacidade para o fazer.

De acordo com o art. 5º do Estatuto, o TPI tem competência para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. Distintamente do que ocorre com as graves violações de direitos humanos estabelecidas pela Corte IDH, em regra os crimes contra a humanidade previstos no Estatuto de Roma estão associados a um contexto de violações sistemáticas para sua configuração.

Nos termos do art. 7º (1) desse tratado, “entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, *quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil*, havendo conhecimento desse ataque” (BRASIL, 2002, grifo nosso). A lista dos crimes que podem ser reputados como crimes contra a humanidade é relativamente extensa:

(a) homicídio; (b) extermínio; (c) escravidão; (d) deportação ou transferência forçada de uma população; (e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de Direito Internacional; (f) tortura; (g) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; (h) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero; (i) desaparecimento forçado de pessoas; (j) crime de *apartheid*<sup>16</sup> (BRASIL, 2002).

O Estatuto de Roma e a Corte IDH convergem quanto à seriedade de se considerar tortura e desaparecimentos forçados como graves violações de direitos humanos, ainda que, no caso da jurisdição do TPI, ele tenha que ser acompanhado do requisito de ataque generalizado ou sistemático para que seja considerado como crime contra a humanidade.

Por sua vez, o crime de genocídio está previsto no art. 6º e os crimes de guerra estão estabelecidos no art. 8º. Uma pergunta inevitavelmente surge: poderiam os crimes de guerra ser considerados como “graves violações de direitos humanos” para fins de cabimento do IDC?

Inicialmente, há o reconhecimento de que a proteção inserta em tratados de direitos humanos (como o PIDCP) e o Direito Internacional humanitário – principalmente incorporado nas Convenções de Genebra de 1949 (BRASIL, 1957) e seus Protocolos –, embora sejam categorias próximas, seriam distintos. Os tratados de direitos humanos lidariam com a proteção da pessoa humana em tempos de paz, ao passo que o Direito Internacional humanitário seria aplicado em situações de guerra.<sup>17</sup> Contudo, essa divisão não é tão evidente, e os tratados de direitos humanos não criam essa distinção de maneira rígida.

Ao contrário, quando o PIDCP e a CADH admitem que parte dos direitos possam ser temporariamente suspensos em razão de “situações

---

<sup>16</sup> O mesmo dispositivo admite ainda que outros tipos de crimes sejam reputados como crimes contra a humanidade, estabelecendo na alínea k: “Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental” (BRASIL, 2002).

<sup>17</sup> A Corte Internacional de Justiça (CIJ) parece rejeitar uma separação feita de maneira tão rígida; ver United Nations (1996, p. 240).

excepcionais [que] ameacem a existência da nação” (art. 4º do PIDCP) (BRASIL, 1992b) ou “em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte” (CADH, art. 27) (BRASIL, 1992c), estão afirmando, *a contrario sensu*, que os direitos cuja suspensão não é admitida nesses tratados também devem ser observados em tempo de guerra, não afastando a aplicação desses tratados de direitos humanos. Nesse sentido, é possível que violações de direitos humanos ocorram em tempos de guerra e poderão, eventualmente, constituir também uma violação do Direito Internacional humanitário.

Admitir os crimes de guerra como “graves violações de direitos humanos” para justificar o IDC seria mais problemático, no Direito brasileiro, diante de conflitos que possam eventualmente surgir entre tribunais superiores em relação a esses crimes, pois o Superior Tribunal Militar (STM), como órgão de cúpula da Justiça Militar, tem competência para “processar e julgar os crimes militares definidos em lei”, sem se submeter, hierarquicamente, ao STJ.

Embora nem todos os crimes de guerra se qualifiquem como crimes militares, existirão aqueles que se enquadrarão em ambas as categorias. Como exemplo, podem-se mencionar os crimes de rapto e violência carnal, previstos nos arts. 407 e 408 do Código Penal Militar (CPM) (BRASIL, [2017b]), e o crime de guerra previsto no art. 8º (2), *b*, inc. XXIII do Estatuto de Roma: “cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2º do artigo 7º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra” (BRASIL, 2002).

A par da controvérsia relativa à jurisdição militar sobre tais tipos de crimes<sup>18</sup>, parece-nos que eventual conflito deverá ser decidido favoravelmente à competência da Justiça Militar e do STM, afastando-se, nesses casos, a possibilidade de cabimento do IDC, pois a Justiça estadual assume competência residual – e o IDC é destinando justamente à retificação de falhas no âmbito estadual.

Assumem também relevo os pontos de contato entre normas que se qualificam como *ius cogens* e o conceito de grave violação de direitos humanos. No Direito Internacional, “grave violação de direitos humanos” tem-se aproximado da contemporânea categorização de normas internacionais em *ius cogens*. A categoria do Direito Internacional referente

---

<sup>18</sup> Em assentada jurisprudência dos órgãos do SIDH, há certo entendimento de que os tribunais militares, sob a premissa de que não são independentes e imparciais, não podem julgar crimes cometidos por civis que não exercem função militar nem crimes cometidos contra civis fora dos estritos parâmetros da administração militar.

a *ius cogens*, ao estabelecer uma hierarquização entre normas internacionais, aproxima-se da noção de “grave violação de direitos humanos”. De acordo com o art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (BRASIL, 2009a),

[é] nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Esse dispositivo do tratado não estabelece ou exemplificava quais normas de Direito Internacional seriam qualificadas como *ius cogens*. Segundo Wet (2013), de acordo com a Comissão de Direito Internacional, órgão consultivo das Nações Unidas que tem como atribuição a promoção do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e sua codificação, poderiam ser indicadas como “candidatas”, no que se relaciona aos direitos humanos: (a) a proibição do genocídio; (b) proibição da tortura; (c) crimes contra a humanidade; (d) proibição da escravidão e do tráfico de escravos; (e) a proibição da discriminação racial e do *apartheid*.

A CIJ, órgão judicial internacional sediado em Haia voltado à resolução de controvérsias interestatais, elevou, entre essas regras – tanto a proibição de tortura<sup>19</sup> quanto a de genocídio<sup>20</sup> – ao nível de *ius cogens*.

<sup>19</sup> Reconhecido pela CIJ no caso *Questões relacionadas à obrigação de processar ou extraditar* (UNITED NATIONS, 2012, p. [39]).

<sup>20</sup> Reconhecido como *ius cogens* pela CIJ no caso *Armed Activities on the Territory of the Congo* (UNITED NATIONS, 2006, p. [30-51]).

Em suma, engrossando a lista de crimes a serem reputados como “grave violações de direitos humanos” no âmbito do Direito Internacional, temos: (a) tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; (b) execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias; (c) desaparecimentos forçados; (d) crime de genocídio; (e) crimes contra a humanidade; (f) crimes de guerra, quando violatórios dos direitos humanos e não submetidos à competência da Justiça Militar; (g) escravidão e tráfico de escravos; (h) discriminação racial e *apartheid*.

Embora não seja taxativo – haja vista que o próprio STJ pode considerar outros crimes nessa categoria, assegurando, assim, maior proteção dos direitos humanos<sup>21</sup> –, esse rol evidencia determinadas violações de direitos humanos reputadas como sérias e graves pelo Direito Internacional.

Sob essa perspectiva, o que o Direito Internacional considera “grave violação de direitos humanos” é exigência mínima a justificar o IDC. O STJ tem obviamente margem de conformação para expandir o conceito visando a abranger outras categorias de violações a direitos fundamentais, mas não pode ignorar os crimes já reconhecidos pelo Direito Internacional que justificariam o cabimento do incidente de deslocamento, até mesmo para assegurar a finalidade traçada constitucionalmente para o instituto.

Esses conceitos podem ser adotados pelo STJ como importante guia para definir as hipóteses de graves violações de direitos humanos.

<sup>21</sup> Além dos crimes acima elencados, a doutrina brasileira apresenta exemplos tentativos de crimes que podem ser considerados como gravemente violatórios dos direitos humanos, como os crimes contra os indígenas, o trabalho infantil, bem assim os homicídios dolosos motivados por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade, ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva (DEMO, 2005, p. 11-12). De nossa parte, não hesitaríamos em incluir discriminação e crimes de gênero também como graves violações de direitos humanos por atacarem em seu cerne a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, quando configurados crimes que se enquadram entre aqueles anteriormente mencionados, o ônus argumentativo do STJ poderá ser significativamente reduzido quanto à justificativa do cabimento constitucional do IDC. Assim, o requisito de “grave violação de direitos humanos” deixa de ser considerado hipótese “casuística, multifacetada e [que] contém certa carga de subjetividade” (BRASIL, 2018b, p. 14) para tornar-se conceito determinável à luz de desenvolvimentos no âmbito do Direito Internacional dos direitos humanos.

## 5 Conclusão

A jurisprudência do STJ desenvolveu importantes parâmetros para a admissibilidade do IDC, decompondo-o em três requisitos que podem ser assim sintetizados: (a) grave violação de direitos humanos; (b) risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados; (c) incapacidade das instâncias locais para oferecer respostas efetivas. Contudo, o primeiro deles, de que se tratou nesse artigo, é um dos que tem recebido menor atenção quanto à necessidade de delimitação de seu conteúdo.

Este artigo teve como propósito examinar possibilidades para que esse requisito constitucional do IDC – “grave violação de direitos humanos” – não seja reputado como de alta carga de subjetividade e discricionariedade. Para tanto, recorreremos a uma das matrizes que sempre esteve relacionada à gênese do incidente de deslocamento: o Direito Internacional.

Com efeito, as falhas locais na investigação, a persecução de determinados crimes e os temores de responsabilização internacional do Estado brasileiro figuraram objeto de preocupação nos debates legislativos que discutiram a PEC relacionada à federalização dos crimes de direitos humanos.

Nesse sentido, uma vez que o IDC visa a responder também ao escrutínio internacional, é necessário examinar o que o Direito Internacional qualifica como “grave violação de direitos humanos” e, com base nisso, conferir substância à sua hipótese constitucional de cabimento.

De acordo com a jurisprudência da Corte IDH e as deliberações de outros órgãos internacionais de direitos humanos, bem como tendo como referência o Estatuto de Roma, sem prejuízo de desenvolvimentos jurisprudenciais subsequentes, apontam-se como “grave violação de direitos humanos” os seguintes crimes: (a) tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; (b) execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias; (c) desaparecimentos forçados; (d) crime de genocídio;

(e) crimes contra a humanidade; (f) crimes de guerra, quando violatórios dos direitos humanos e não submetidos à competência da Justiça Militar; (g) escravidão e tráfico de escravos; (h) discriminação racial e *apartheid*.

Embora o rol não seja taxativo, buscamos demonstrar a contribuição do Direito Internacional para conferir maior objetividade e densidade à definição do primeiro requisito, com o intuito de oferecer uma importante matriz de referência normativa apta a tornar o seu manejo mais seguro e livre de casuísmos.

## Sobre o autor

Rafael Soares Leite é mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; procurador do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.  
E-mail: rafael\_soares@hotmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

LEITE, Rafael Soares. Sobre o requisito de “grave violação de direitos humanos” no incidente de deslocamento de competência: aportes do Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 77-98, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p77](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p77)

(APA)

Leite, R. S. (2019). Sobre o requisito de “grave violação de direitos humanos” no incidente de deslocamento de competência: aportes do Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 77-98. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p77](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p77)

## Referências

BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do direito internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica. *Revista dos Tribunais Online*, [São Paulo], v. 104, n. 958, p. 1-23, ago. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Atas da Comissão. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 54, n. 194, p. 56.287-56.533, 23 nov. 1999a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23NOV1999.pdf#page=343>. Acesso em: 3 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Emenda nº 43-CE/99. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 54, n. 209, p. 760-784, 14 dez. 1999b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0019991214SA2090000.PDF#page=244>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992 (apenas as PECs nº 112-A/95, nº 127-A/95, nº 215-A/95, nº 368-A/96 e nº 500-A/97). *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 54, n. 209, p. 832-891, 14 dez. 1999c. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0019991214SA2090000.PDF#page=244>. Acesso em: 3 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 47, n. 58, p. 7.847-7.853, 1<sup>o</sup> maio 1992a. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01MAI1992.pdf#page=7>. Acesso em: 3 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 368, de 1996. Atribui competência à Justiça Federal para julgar os crimes praticados contra os Direitos Humanos. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 51, n. 107, p. 17.125-17.130, 15 jun. 1996. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15JUN1996.pdf#page=71>. Acesso em: 3 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Redação final da Proposta de Emenda à Constituição nº 96-E, de 1992. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 55, n. 103, p. 30.903-30.917, 8 jun. 2000. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08JUN2000.pdf#page=199>. Acesso em: 8 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Substitutivo à Proposta de Emenda à Constituição nº 96, 1992. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 54, n. 209, p. 581-589, 14 dez. 1999d. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14DEZ1999SUP.pdf#page=3>. Acesso em: 15 abr. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm). Acesso em: 3 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm). Acesso em: 3 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 8 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957*. Promulga as Convenções concluídas em Genebra, a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger as vítimas da guerra. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1957. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D42121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.htm). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5<sup>o</sup>, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125,

126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009b]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 3 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Declaração e Programa de Ação de Viena. In: \_\_\_\_\_. *Direitos humanos: atos internacionais e normas correlatas*. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. p. 36-59. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Agravo Regimental no Incidente de Deslocamento de Competência nº 5/PE*. Agravo regimental em incidente de deslocamento de competência. Indeferimento de liminar. Ausência de *periculum in mora* [...]. Agravante: Procurador-Geral da República. Suscitado: Justiça Federal de Pernambuco; Justiça Estadual de Pernambuco. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 28 de maio de 2014a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1325928&num\\_registro=201401014017&data=20140603&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1325928&num_registro=201401014017&data=20140603&formato=PDF). Acesso em: 8 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Incidente de Deslocamento de Competência nº 1/PA*. Constitucional. Penal e processual penal. Homicídio doloso qualificado. (Vítima irmã Dorothy Stang). Crime praticado com grave violação aos direitos humanos. Incidente de deslocamento de competência – IDC. Inépcia da peça inaugural [...]. Suscitante: Procurador-Geral da República. Suscitado: Justiça Estadual do Pará. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 8 de junho de 2005. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=556348&num\\_registro=200500293784&data=20051010&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=556348&num_registro=200500293784&data=20051010&formato=PDF). Acesso em: 8 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Incidente de Deslocamento de Competência nº 2/DF*. Incidente de deslocamento de competência. Justiças estaduais dos estados da Paraíba e de Pernambuco. Homicídio de vereador, notório defensor dos direitos humanos, autor de diversas denúncias contra a atuação de grupos de extermínio na fronteira dos dois estados [...]. Suscitante: Procurador-Geral da República. Suscitado: Justiça Estadual da Paraíba; Justiça Estadual de Pernambuco. Relator: Min. Laurita Vaz, 27 de outubro de 2010. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=985923&num\\_registro=200901212626&data=20101122&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=985923&num_registro=200901212626&data=20101122&formato=PDF). Acesso em: 8 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Incidente de Deslocamento de Competência nº 3/GO*. Incidente de deslocamento de competência. Art. 109, § 5º, da Carta Política. Medida constitucional excepcionalíssima. Requisitos cumulativos. Grave violação a direitos humanos. Risco de descumprimento do avençado com Estados-membros quando da subscrição de tratado internacional [...]. Suscitante: Procurador-Geral da República. Suscitado: Justiça Federal de Goiás; Justiça Estadual de Goiás. Relator: Min. Jorge Mussi, 10 de dezembro de 2014b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374933&num\\_registro=201301380690&data=20150202&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374933&num_registro=201301380690&data=20150202&formato=PDF). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Incidente de Deslocamento de Competência nº 5/PE*. Incidente de deslocamento de competência. Homicídio inserido em contexto de grupos de extermínio. Grave violação de direitos humanos. Configuração. Descumprimento de obrigações decorrentes de tratado internacional [...]. Suscitante: Procurador-Geral da República. Suscitado: Justiça Federal de Pernambuco; Justiça Estadual de Pernambuco. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 13 de agosto de 2014c. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338428&num\\_registro=201401014017&data=20140901&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338428&num_registro=201401014017&data=20140901&formato=PDF). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Incidente de Deslocamento de Competência nº 14/DF*. Incidente de deslocamento de competência (IDC). Greve de policiais militares do estado do Espírito Santo. Justiça militar estadual. Ineficácia das instâncias locais e risco de responsabilização internacional, quanto aos crimes militares próprios objeto do IDC, não caracterizados [...]. Suscitante: Procurador-Geral da República. Suscitado: Justiça Estadual do Estado do Espírito Santo; Justiça

Militar da União; Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 8 de agosto de 2018b. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1735781&num\\_registro=201701803670&data=20180822&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1735781&num_registro=201701803670&data=20180822&formato=PDF). Acesso em: 3 abr. 2019.

CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Atlas, 2009.

DAVID, Décio Franco; CAMBI, Eduardo. Federalização de crimes contra jornalistas. *Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 102, n. 927, p. 263-287, jan. 2013.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência penal originária da Justiça Federal: desenho constitucional na jurisprudência e a novidade da reforma do Judiciário. *Revista dos Tribunais Online*, [São Paulo], v. 94, n. 836, p. 1-21, jun. 2005.

LEITE, Rafael Soares. *Direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018. (Coleção Leis Especiais para Concursos, v. 41).

NACIONES UNIDAS. Consejo de Seguridad. *El Estado de derecho y la justicia de transición em las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*: informe del Secretario General. [S. l.]: Consejo de Seguridad, 2004. Disponível em: <https://undocs.org/es/S/2004/616>. Acesso em: 4 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Escher e outros vs. Brasil*. 19 de junho de 2012. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher\\_19\\_06\\_12\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/escher_19_06_12_por.pdf). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. 24 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em: 4 abr. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. 22 de noviembre de 2007. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_171\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*. 24 de febrero de 2011a. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. 19 de mayo de 2011b. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_226\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf). Acesso em: 4 abr. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. *Revista dos Tribunais Online*, [São Paulo], v. 13, n. 54, p. 1-9, maio/jun. 2005.

SCHEININ, Martin. Core rights and obligations. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford handbook of international human rights law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013. p. 527-540.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General Comment No. 31 [80]: the nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*. [S. l.]: United Nations, 2004a. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>. Acesso em: 5 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. International Court of Justice. *Case concerning armed activities on the territory of the Congo: (new application: 2002): (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*. No. 126. 3 February 2006. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. International Court of Justice. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*. [S. l.]: ICJ Reports, 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. International Court of Justice. *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite: (Belgium v. Senegal)*. No. 144. 20 July 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. *Prosecutor v. Anto Furundžija*. (Case No. IT-95-17/1-T). 10 December 1998. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Special Court for Sierra Leone. *Prosecutor against Augustine Gbao*. (Case No. SCSL-2004-15-AR72(E)). 25 May 2004b. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/scsl/eng/decisions/2004.05.25\\_Prosecutor\\_v\\_Gbao.pdf](http://www.worldcourts.com/scsl/eng/decisions/2004.05.25_Prosecutor_v_Gbao.pdf). Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Special Court for Sierra Leone. *Prosecutor against Issa Hassan Sesay; Morris Kallon; Augustine Gbao*. (Case No. SCSL-04-15-T). 2 March 2009a. Disponível em: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/RUF/1234/SCSL-04-15-T-1234-searchable.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Special Court for Sierra Leone. *Prosecutor against Issa Hassan Sesay; Morris Kallon; Augustine Gbao*. (Case No. SCSL-04-15-T). 8 April 2009b. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/scsl/eng/decisions/2009.04.08\\_Prosecutor\\_v\\_Sesay\\_Kallon\\_Gbao.pdf](http://www.worldcourts.com/scsl/eng/decisions/2009.04.08_Prosecutor_v_Sesay_Kallon_Gbao.pdf). Acesso em: 4 abr. 2019.

WET, Erika de. *Jus cogens* and obligations *erga omnes*. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The Oxford handbook of international human rights law*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013. p. 541-561.

# Adoção internacional

A importância dos relatórios pós-adotivos para a proteção da criança brasileira no país dos adotantes

CYNTHIA SOARES CARNEIRO

**Resumo:** O objetivo deste artigo, fruto de pesquisa realizada junto à Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado de São Paulo, é analisar os relatórios pós-adotivos produzidos pelas entidades credenciadas e enviados àquela comissão para averiguar a eficácia da medida protetiva aos menores brasileiros que deixam o País para viver num Estado europeu ratificante da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. A pesquisa utiliza metodologia própria ao estudo de caso e análise de conteúdo normativo e de documentos públicos. Por envolver pessoas vulneráveis, segue os protocolos éticos previstos pelo sistema CEP-CONEP. O artigo procura preencher uma lacuna nos estudos e na prática da adoção internacional e do seu trâmite, pois, quando feita de acordo com os procedimentos previstos pela Convenção de Haia, a adoção internacional demonstra ser um instituto altamente protetivo e seguro dos direitos de crianças e adolescentes.

**Palavras-chave:** Adoção internacional. Relatórios pós-adotivos. CEJAI-SP. CEJA-MG. Convenção de Haia.

## International Brazilian adoption: the importance of post-adoption reporting for child protection

**Abstract:** This article analyzes the post-adoption reports sent to the Sao Paulo Judiciary Commission of International Adoption. It investigates the effectiveness of protective measures for adopted Brazilian minors who relocate to a European State that has ratified the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption. The research uses case studies and analyses of normative content and public documents. Because it involves vulnerable people, the research adheres to all ethical protocols established by the Brazilian National

Recebido em 13/3/19  
Aprovado em 21/6/19

Commission of Ethical Research. The study seeks to fill a gap in analyzing the process practices of international adoption. International adoption is highly protective and safe when following the Hague Convention.

**Keywords:** International adoption. Post-adoption report. CEJAI-SP. CEJA-MG. Hague Convention.

## Introdução

A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (CHAI) (BRASIL, 1999a) foi negociada na Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado e disponibilizada para ratificação em 1993. Os debates sobre a CHAI no Brasil ocorreram num contexto de denúncias relativas ao crime de tráfico internacional de crianças, que seria consumado por meio de adoções fraudulentas, o que teria levado o deputado francês Léon Schwarzenberg a alertar, no Parlamento Europeu, que “na Itália, entre 1988 e 1992, apenas mil de um total de quatro mil crianças brasileiras adotadas irregularmente permaneciam vivas” (CÁPUA, 2009, p. 62). Ao mesmo tempo, o Ministério das Relações Exteriores do Brasil acompanhava o caso de dois jovens brasileiros adotados por casais norte-americanos que estavam em penitenciárias dos Estados Unidos aguardando sua expulsão motivada pela prática de delitos de baixo potencial ofensivo, apenados naquele país com prisão domiciliar (AITH, 2000a, 2000b; VIOTTO, 2010).

Nesse contexto, a CHAI entrou em vigência internacional a partir de 1995 e foi encaminhada à apreciação do Congresso Nacional pelo Ministério das Relações Exteriores em 1996, tendo sido finalmente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em junho de 1999.

A denúncia ao Parlamento Europeu fundava-se na suspeita de que as crianças brasileiras estivessem sendo “exportadas” ou traficadas para constituir uma espécie de banco de órgãos num comércio que implicava desde o desaparecimento de crianças e o sequestro de bebês em berçários até o aliciamento de famílias de baixa renda para entregarem seus filhos à adoção, o que suscitou a formação, na Câmara de Deputados, de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar a grave denúncia (BRASIL, 1994).

Apesar de as denúncias de tráfico para a extração de órgãos não terem sido efetivamente confirmadas, o fato é que a existência recorrente no âmbito interno de “adoções à brasileira”, isto é, a entrega de crianças para

a criação em família substituta sem as devidas formalidades e garantias civis ou a entrega de bebês recém-nascidos para a “guarda” de determinada família em burla aos cadastros de adoção – o que a recente Lei nº 13.509/2017 (BRASIL, 2017c) procura regular –, conferem verossimilhança às denúncias de que o fenômeno das adoções irregulares também tem dimensão extraterritorial e está associado a criminosos internacionais, o que causa repulsa ao instituto da adoção internacional.

No entanto, o instituto merece ser admitido como importante instrumento de acolhida humanitária, reconhecida a sua relevância pelo Direito e por órgãos dos Estados que ratificaram a CHAI e criaram suas Autoridades Centrais, responsáveis pelo acompanhamento de todo o processo adotivo, desde a habilitação dos pretendentes até a completa adaptação das crianças e adolescentes às suas novas famílias.

Obviamente aquela Convenção de Haia não é suficiente para eliminar o tráfico internacional de crianças, que continua ocorrendo em larga escala, conforme retrata o documentário *O Segredo dos Deuses*, exibido pela TVI de Portugal, que provocou o inquérito ainda em curso pelo Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa e que expõe uma rede de sequestro e fraude em adoção organizada pela Igreja Universal do Reino de Deus. Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]) instituiu mecanismos que privilegiam o instituto como necessário para a efetivação do direito fundamental a uma infância digna, no afeto e segurança de uma família, além de contribuir significativamente para o desvelamento e combate ao crime.

Neste artigo tratamos da adoção internacional sob esses paradigmas, exemplificando sua eficácia com trechos de relatórios pós-adotivos apresentados à Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado de São Paulo

(CEJAI-SP) por associações que atuam, nos termos da CHAI, na intermediação entre adotantes e adotado, acompanhando a integração das crianças brasileiras em suas novas famílias<sup>1</sup>.

## 1 Princípios e características do instituto da adoção internacional no Brasil

A família é responsável pela primeira educação e pelos primeiros estímulos que contribuirão de forma decisiva para a formação da personalidade da criança e do adolescente, garantindo-lhes o vínculo afetivo fundamental ao seu desenvolvimento e à construção da sua integridade física, psicológica e moral. Esse é o princípio que anima a Convenção de Haia, pois, quando o direito a ser assistido, criado e educado em sua família biológica se torna impossível, a criança ou o adolescente precisam encontrar no seio de uma família substituta a possibilidade de desenvolver as relações afetivas que lhes foram negadas.

A manifestação da criança e do adolescente na escolha da família substituta sempre será levada em consideração, ainda que condicionada ao seu estágio de desenvolvimento e ao seu grau de compreensão dos fatos, e essa autonomia da vontade configura-se como outro aspecto importante na Convenção de Haia. O adolescente, por estar numa fase de desenvolvimento posterior à da criança, necessariamente deverá consentir na

---

<sup>1</sup> De 2009 a 2014 foram desenvolvidas duas pesquisas para apurar a eficácia do acompanhamento das crianças brasileiras adotadas por casais estrangeiros no país de acolhida pelas Autoridades Centrais estaduais responsáveis por essa função, a Comissão Estadual Judiciária de Adoção de Minas Gerais (CEJA-MG) e a CEJAI-SP. As pesquisas foram financiadas, respectivamente, pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig) e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), realizadas mediante autorização expressa de seus responsáveis e sob estrito sigilo em relação à identidade das crianças e da família adotante.

sua alocação em família substituta, anuência que será colhida em audiência com a autoridade judiciária do país de sua residência.

Em todos esses atos, servidores públicos e membros de associações civis – enfim, todas as pessoas envolvidas no processo da adoção, nacional ou internacional – devem atuar para amenizar o transtorno, principalmente psicológico, que as mudanças poderão ocasionar ao menor, de forma a possibilitar a integração da criança ou do adolescente à nova família no menor tempo possível, evitando um longo internato em abrigos institucionais.

O critério para identificar se a adoção será nacional ou internacional é o Estado de residência das partes envolvidas, conforme disposto no art. 2º da Convenção de Haia e no art. 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069/1990) (BRASIL, [2019]), e isso ocorre em consonância com o Direito Internacional Privado brasileiro, o qual determina que as questões relativas ao Direito de Família são dadas pela lei do domicílio (ou de residência habitual) das partes. Nesses termos, um casal de brasileiros domiciliado no exterior também estará sujeito a maiores restrições e cuidados no processo de adoção de uma criança brasileira, pois sobre ele também recairá o critério da excepcionalidade, outro aspecto essencial à adoção internacional, embora os brasileiros possam ter preferência em relação a um casal de estrangeiros.

A garantia de aquisição da nacionalidade no país dos adotantes é outro princípio norteador da adoção internacional. Por isso, as comissões estaduais judiciárias de adoção internacional (CEJAs), que são as Autoridades Centrais presentes em todas as unidades federativas brasileiras, só permitem a adoção se houver plena certeza de que a criança adquirirá a nacionalidade do Estado estrangeiro, garantindo, assim, plena proteção a seus direitos fundamentais.

O grande desafio em relação à adoção no Brasil é o crescimento e o amadurecimento de muitas crianças dentro das instituições de abrigo. Quando se trata de crianças mais velhas, de etnia diferente da dos pretendentes ou portadoras de necessidades especiais, é necessário um trabalho de conscientização para que essas crianças saiam da zona de abandono e possam ser acolhidas com presteza por famílias dispostas a aceitá-las em sua integridade.

A adoção internacional é um instituto previsto no art. 227 da CRFB, que estabelece as responsabilidades da família e do Estado em relação à infância. No entanto, apresenta rigidez maior quando comparado às regras da adoção nacional, pois sobre ele recai, nos termos do § 5º desse dispositivo, o princípio da excepcionalidade, regulado pelo ECA, que determina a preferência de realocação do menor numa família domiciliada no território brasileiro, embora essa excepcionalidade seja a justificativa para alguns juízes negarem peremptoriamente os pedidos de adoção internacional,

e as comarcas brasileiras não cuidarem de conferir tal oportunidade às crianças que estão crescendo nos abrigos.

Para que se efetive a adoção internacional, as autoridades devem ainda ter o cuidado de solicitar a lei do Estado de acolhida, a fim de averiguar se as crianças brasileiras adotadas não seriam ali “pessoas de segunda classe”, ou seja, com direitos diferenciados em relação aos nacionais ou aos filhos naturais dos adotantes se a lei civil daquele Estado estabelecer diferenças entre os filhos, em violação ao disposto no § 6º do art. 227 da CRFB. Por essas razões, em caso de conflito entre adoção nacional e internacional, havendo possibilidade de efetivação da nacional, esta sempre prevalecerá, com base na presunção de que o superior interesse da criança, princípio norteador da Convenção de Haia, estará garantido pelo fato de os adotantes reunirem as mesmas qualidades subjetivas do adotando, o que satisfaria à vontade da comunidade brasileira expressa em lei de mantê-lo em seu país de origem, indo ao encontro do inc. II do § 1º do art. 51 do ECA, embora essa presunção não seja absoluta, quando, a despeito das formalidades exigidas, a adoção já tiver sido consumada e o menor já estiver adaptado à família adotiva.

## 2 Adoção internacional e quebra de paradigmas

Com esteio no princípio da preservação dos vínculos nacionais, brasileiros residentes no exterior terão preferência a adotantes de outra nacionalidade, pois pretendeu o legislador promover a preservação dos laços nacionais da criança para manter uma *identidade brasileira* na nova família, critério que, visto por outro lado, pode inclusive ser discriminatório e evitado de preconceitos em relação a povos e culturas. Nesse sentido, esse critério deverá ser observado em conjunto com as circunstâncias que definem cada caso concreto, de forma a sempre prevalecer o melhor interesse da criança.

O fato é que a mesma nacionalidade não é salvo-conduto contra abusos; nem a realocação em família substituta brasileira garante o adequado acolhimento e proteção contra discriminações e maus-tratos. Ademais, adotantes estrangeiros são menos exigentes que os nacionais e aceitam adotar crianças que teriam dificuldade em encontrar uma família substituta no Brasil, em face do padrão desejado pelos adotantes brasileiros: crianças mais novas, de preferência bebês com até dois anos de idade ou crianças com no máximo cinco anos (CNA..., [201-])<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Conforme indicam as estatísticas disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre preferência dos adotantes, tendo como recorte a idade e a etnia.

No entanto, a preservação dos laços fraternos importa quando se trata de manter o vínculo entre irmãos diante de uma ruptura do convívio familiar com seus pais biológicos ou “de criação”. A manutenção desse vínculo permite à criança e ao adolescente reconhecerem-se como membros de uma família, mesmo na ausência dos genitores. Por esse motivo, a adoção de grupo de irmãos é largamente incentivada, e grande parte dos adotantes estrangeiros aceita essa condição, o que facilita sobremaneira a integração da criança no país de acolhida. O que pode ocorrer, conforme casos apurados e relatados em pesquisa junto à CEJA-MG e à CEJAI-SP, é um grupo maior de irmãos ser dividido em grupos menores que se dirigirão, preferencialmente, ao mesmo país de destino. Dessa forma, o contato entre os irmãos é facilitado e até estimulado pelas famílias adotantes, que promovem visitas, celebrações e passeios conjuntos. Esses encontros também podem ser promovidos pelas entidades intermediadoras da adoção internacional (CARNEIRO; LAIGNIER, 2011).

Quando analisamos nos relatórios pós-adotivos as consequências sociais da adoção internacional, fica evidente que o instituto traz grande benefício às crianças, pois os estrangeiros habilitados usualmente acolhem grupos de irmãos e não costumam relatar preferência por idade ou etnia. Quando há alguma, a restrição etária é formulada pela entidade credenciada no relatório psicossocial dos adotantes apresentado às Autoridades Centrais estaduais, as CEJAs, com a indicação do que seria mais apropriado ao casal.

Outro aspecto verificável na leitura dos relatórios escolares enviados pelas associações civis às CEJAs é que invariavelmente as crianças tinham sérias lacunas educacionais e muitas delas precisaram de acompanhamento de professores particulares para atingir o nível dos estudantes da mesma faixa etária. É flagrante que os adotantes estrangeiros se dedicam às crianças em sua vida estudantil, costumam oferecer todo tipo de acompanhamento de que elas necessitam, contratam professores da língua corrente, além de professores para disciplinas específicas, como Matemática, na qual as crianças brasileiras costumam ter mais dificuldade na escola do novo país. Os relatórios pós-adotivos também permitiram verificar que qualquer dificuldade emocional é igualmente tratada com atenção pelos adotantes, uma prerrogativa que certamente as crianças não encontrariam no abrigo brasileiro em que estavam.

Os casais estrangeiros, de fato, têm um perfil mais aberto que os brasileiros na receptividade às crianças, o que pode ser percebido quando se comparam as restrições relacionadas ao requerer uma adoção; eles são bem mais flexíveis do que os adotantes brasileiros. Sobre esse aspecto, uma serventúria da justiça, que atua na área de adoção, em entrevista

para este projeto, afirmou que “o casal brasileiro adota para suprir uma carência que é sua; já o estrangeiro, para suprir uma necessidade da criança”.

Os casais estrangeiros costumam aceitar crianças de qualquer etnia, grupos de irmãos e crianças com comprometimento de saúde que possa ser tratado, ao passo que os casais brasileiros preferem crianças de até dois anos de idade, brancas e sem qualquer seqüela física, mesmo que leve, além de resistirem a adotar grupos de irmãos (CNA..., [200-])<sup>3</sup>. No entanto, não se pode deixar de considerar o fato de que os países europeus de destino geralmente têm programas de incentivo à adoção, nos quais, além do reembolso das custas básicas para permanecer no Brasil durante o estágio de convivência, há auxílio financeiro nos tratamentos clínicos de que as crianças possam necessitar, conforme informado por uma das funcionárias da CEJAI-SP, um fator a promover o aceite de crianças com problemas físicos e mentais<sup>4</sup>.

No estado de São Paulo, o número anual de adoções internacionais tem sofrido quedas gradativas desde que os relatórios estatísticos passaram em 2004 a ser disponibilizados pela CEJAI-SP (SÃO PAULO, 2011)<sup>5</sup>. Desde 2009, a CEJAI-SP restringe sua cooperação a apenas cinco Estados, todos ratificantes da CHAI<sup>6</sup>: Itália, França, Espanha, Noruega e Suíça, destacando-se nesse aspecto a participação da Itália, que em 2010 recebeu 127 crianças brasileiras de um total de 135 adoções (SÃO PAULO, 2011, p. 11)<sup>7</sup>. No entanto, a grande maioria das crianças adotadas tem entre 6 e 12 anos de idade. Conforme mencionado, é comum a existência de

---

<sup>3</sup> Entre os adotantes brasileiros, 17,28% declaram que aceitam somente crianças de “raça branca”, contra 1,14% de estrangeiros; menos da metade, 47,35%, aceita adotar crianças de “todas as raças”, ao passo que, entre estrangeiros, o índice chega a 93,92%; pouco mais da metade dos pretendentes brasileiros aceita adotar crianças negras ou indígenas – 52,78% e 51,31%, respectivamente –, e essa porcentagem é de 94,68% e 93,92% entre estrangeiros; 64,73% dos adotantes nacionais não aceitam adotar irmãos, mas esse número cai para 47,53% entre estrangeiros; 66,9% dos brasileiros não aceitam adotar gêmeos, contra 47,91% dos estrangeiros (CNA..., [200-]).

<sup>4</sup> Num dos relatórios pós-adotivos, sobre a adoção de duas irmãs provenientes de um grupo de seis irmãos, lê-se: “A menor tem coloboma e é cega; está sempre sob acompanhamento junto ao Galinide Genoa, hospital pediátrico, um dos mais importantes da Itália. Ela conta de estar bem e de ser muito feliz por ter pais tão atentos e cuidadosos que cuidam dela e de sua irmã. Além disso, frequenta, duas vezes por semana, a escola para cegos, onde é acompanhada para a leitura braille. Com os irmãos que foram adotados pelos cônjuges R\*, e com os outros irmãos adotados pelos cônjuges S\* e que vivem na província de Nápoles, falam-se pelo telefone e, em algumas ocasiões, se encontram”.

<sup>5</sup> O relatório registra que em 2004 ocorreram 157 adoções internacionais; em 2005, 134; em 2006, 165; em 2007, bateu-se o recorde de adoções internacionais no estado, com 198 crianças brasileiras adotadas por estrangeiros; em 2008, o número caiu para 191 adoções internacionais; em 2009, nova queda, para 162 crianças; em 2010, 135; em 2011, apenas 79 adoções foram realizadas; em 2012, o número teve leve alta, com 114 adoções internacionais; em 2013, caiu novamente para 80 adoções, e, finalmente, em 2014, quando foi divulgada a última estatística completa, o número foi de apenas 45 adoções (SÃO PAULO, 2011).

<sup>6</sup> Até 2009 participavam dessa relação Alemanha e Estados Unidos, com porcentagens significativas; e Canadá, Holanda e Suíça, com números menores de adoção (SÃO PAULO, 2011, p. 11).

<sup>7</sup> Três foram para a França e duas, para a Noruega.

grupos grandes de irmãos, normalmente com cinco ou seis membros. Nesses casos, ao se fazer o desmembramento em grupos menores, poderá ocorrer a ida de uma criança mais nova, menor de cinco anos, justamente para não perder o vínculo com seus irmãos biológicos, o que foge à regra da CEJAI-SP, que não habilita pedidos de adoção internacional de crianças com menos de cinco anos. A preferência, nesses casos, é sempre para brasileiros, considerando o pedido de estrangeiros apenas quando residentes no Brasil.

Quanto aos adolescentes, são poucos os beneficiados pela adoção internacional. Segundo os dados da CEJAI-SP, entre 2011 e 2012, quatro pessoas acima de 12 anos tinham sido adotadas; em 2013, apenas uma; no ano seguinte, apenas duas; e, até abril de 2015, nenhuma<sup>8</sup>.

### **3 A importância da Convenção de Haia na proteção à criança brasileira: o testemunho dos relatórios pós-adotivos**

Em 1990 dois importantes diplomas, um nacional e outro internacional, entraram em vigência no Brasil: o ECA (Lei nº 8.069/1990), promulgado em julho, e a Convenção sobre o Direito das Crianças (BRASIL, 1990), incorporada em novembro. Esses instrumentos foram antecedidos e inspirados na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, e na Declaração dos Direitos da Criança (DECLARAÇÃO..., [200-]), adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1959. Quanto às normas relativas à ado-

---

<sup>8</sup> Quanto aos dados relativos a 2004-2010, lê-se no relatório: “Observamos, na somatória do período analisado, que o maior número de crianças adotadas se encontrava com idade entre 06 e 09 anos (463), seguido da faixa etária entre 03 e 06 anos (325) e, em terceiro lugar, até 12 anos (243). A adoção de adolescentes está presente, mas em menor proporção, com um total de 50 nos sete anos analisados” (SÃO PAULO, 2011, p. 14).

ção nacional e internacional, o ECA foi, posteriormente, alterado pela Lei nº 12.010/2009 (BRASIL, [2009]) e, mais recentemente, pela Lei nº 13.509/2017, na tentativa de adequar os procedimentos internos àqueles consignados pela CHAI<sup>9</sup>.

Apesar de todas essas leis, ainda há uma grande lacuna entre o direito consagrado e a realidade das crianças em situação de extrema vulnerabilidade nas instituições brasileiras de acolhida. Ainda ocorrem fortes discriminações na prática das adoções realizadas no País, o que faz com que muitas crianças que não correspondem às expectativas idealizadas pelos adotantes brasileiros sejam relegadas ao abandono, num angustiante ir e vir dos abrigos, até que completem a maioridade.

A Convenção de Haia vem ao encontro do superior interesse da criança e dos seus direitos fundamentais, assegurando-lhe garantias e o reconhecimento interestatal das adoções realizadas segundo as regras ali estabelecidas. Além disso, como consignado no seu art. 1º, ainda é capaz de prevenir e desvelar as adoções ilegais e até o sequestro, a venda e o tráfico transfronteiriço de crianças, facilitando o seu enfrentamento.

Nesse sentido, outro aspecto fundamental da CHAI é a garantia de que os adotantes não podem deixar o território nacional antes do trânsito em julgado da sentença que concedeu a adoção, justamente como medida protetiva contra adoções irregulares, impedindo a saída de crianças e adolescentes sem que tais garantias estejam efetivamente asseguradas no país de destino.

Neste momento, há no Brasil 8.465 crianças e adolescentes em condições de adoção, segundo o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) alimentado pelo CNJ. Entre elas, 6.250 são crianças maiores de seis anos que provavelmente estão em casas

---

<sup>9</sup> Incorporada ao sistema jurídico nacional sob a forma do Decreto nº 3.087/1999 (BRASIL, 1999a).

de acolhimento, quando poderiam estar em lares estrangeiros capazes de assegurar-lhes educação de qualidade, serviços de saúde adequados e afeto familiar. Para atender a uma racionalidade jurídica mais preocupada em protegê-las de ingerências culturais estrangeiras do que garantir direitos concretos, perde-se a oportunidade de realocar essas crianças em famílias dispostas a acolhê-las.

Na adoção nacional, enfrenta-se ainda um fato recorrente em grande parte dos processos adotivos: o aceite da criança seguido da recusa pela família que detém sua guarda, sua tutela ou até quando ela já está no período de adaptação para a adoção definitiva<sup>10</sup>. Não são raros os casos de casais brasileiros que devolvem a criança ao descobrirem que ela sofre de problemas psicológicos sérios ou que está com a saúde comprometida. Na adoção internacional ocorre algo diverso, pois suas circunstâncias e procedimentos determinam a sobreposição do interesse da criança aos dos adotantes: a criança dirá se gosta e se ela se adequará à família pretendente. Essa escolha somente sofrerá limitações quando se tratar de adoção de grupos de irmãos, como se pode observar num caso acompanhado pela CEJAI-SP, em que um dos adotados não se adaptou à família adotiva e requereu a destituição do seu poder familiar.

A institucionalização da criança e do adolescente – ou seja, sua colocação em casas de acolhimento, apesar de alternativa ao abandono – é ineficaz na medida em que não supre sua miséria social e sua carência afetiva. De fato, ao entrevistarmos assistentes sociais que trabalham na comarca de Ribeirão Preto, foi possível constatar que a institucionalização frequentemente acarreta mais danos que benefícios para a maioria das crianças a ela submetidas, pois, além de dificultar a interação com o mundo exterior, a vigilância contínua promove um sentimento de submissão e de falta de autonomia. Ademais, a maior parte das crianças e dos adolescentes, uma vez institucionalizados, fica abandonada nas entidades que desenvolvem o programa de acolhimento. Essas crianças, então, têm negado o seu direito de saber como é experimentar uma família que lhes dê segurança e afeto, em violação aos seus direitos constitucionais e aos consagrados nos tratados internacionais de direitos humanos reconhecidos pelo Brasil<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> ECA: “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei” (BRASIL, [2019]).

<sup>11</sup> A Convenção sobre o Direito das Crianças, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular os arts. 23 e 24), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular o art. 10), além de outros emanados das agências especializadas em infância e juventude. Nesse sentido, a adoção internacional, como instituto de direitos humanos, é especialmente destacada no Preâmbulo da Convenção sobre o Direito das Crianças (BRASIL, 1990), nos seguintes termos: “Lembrado o estabelecido na Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, especialmente com Referência à Adoção e à Colocação em Lares de Adoção, nos Planos Nacional e Internacional; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da

Propiciar à criança o direito a uma família, a uma nacionalidade, a um nome, e garantir-lhe alimentação, saúde e educação evidenciarão o cuidado do Estado com seus nacionais, possibilitando que assumam responsabilidades como pessoas ligadas a uma comunidade e conferindo-lhes condições de se tornarem cidadãos comprometidos com o grupo no qual se inserem, independentemente do país em que isso ocorra.

Na legislação nacional há uma preocupação injustificada com a proteção cultural da criança brasileira, algo que nem mesmo os brasileiros valorizam, o que justifica o princípio da excepcionalidade, o qual estabelece que as possibilidades da adoção por brasileiros devem ser esgotadas para que a criança seja encaminhada à adoção por não nacionais. Em face dessa preocupação, muitos juízes relutam em admitir a adoção internacional e, conseqüentemente, crianças perdem a oportunidade de encontrar um lar que poderia ser a família que sempre desejaram. Segundo relatórios da CEJAI-SP, apenas 25% das comarcas do estado promovem a adoção internacional de crianças maiores que estão em seus abrigos (SÃO PAULO, 2011, p. 11).

O legislador brasileiro entende que a proteção cultural é importante, mas torna-se questionável na medida em que passa a ter supremacia sobre o direito de a criança ter uma família que lhe proporcione o que lhe é privado no País, uma família capaz de protegê-la do abandono ou de atos de violência contra ela praticados, principalmente quando já tem histórico de traumas. E o que é mais grave: nos relatórios pós-adoptivos há relatos de que nos abrigos as crianças sofrem agressões e abuso sexual tanto por crianças maiores quanto por funcionários<sup>12</sup>.

É recomendável ou desejável que o Estado facilite o encurtamento do tempo em que a criança permanece institucionalizada, o que justifica a Lei de Adoção (Lei nº 12.010/2009). Todavia, como apontam serventú-

---

Justiça Juvenil (Regras de Pequim); e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência ou de Conflito Armado”.

<sup>12</sup> “[F]alam de uma ‘tia’ que batia com a cinta, principalmente em A\*, que era o mais rebelde; falam do cantinho onde tinham que ficar de castigo ou quando mandavam as crianças dormirem sem janta”. (Trecho retirado de um relatório pós-adoptivo da Associação I Cinque Pani). “Sua irmã mais nova, B\*, falou a seus pais sobre um homem que as ‘chateava’ na instituição. C\* confirmou dizendo que ele lhe fazia mal, D\* também falou de um homem que lhe fazia mal [...], B\* foi a primeira a falar com seus pais sobre os abusos”. (Trecho retirado de um relatório pós-adoptivo da Associação Medicins Du Monde). “Por causa de algumas modalidades sexualizadas mostra ter sofrido abusos, pelos relatos parece ter sido exposta a cenas sexuais no abrigo. As situações cotidianas parecem fazer ressurgir nela recordações difíceis de conter que criam crises de medo e de raiva”. (Trecho retirado de um relatório pós-adoptivo da Associação AMI). “Durante o colóquio, levamos os genitores a considerar as experiências traumáticas do menino na família biológica e o que ele mesmo contou que aconteceu no abrigo, onde sofria abuso sexual de um jovem. Talvez estejam surgindo desconfortos, que o menino não sabe exprimir. Consideramos que os resultados dos testes aos quais foi submetido indiquem não tanto baixas capacidades a nível cognitivo, mas sejam um sinal de traumas não superados” (trecho retirado de um relatório pós-adoptivo da Associação AMI).

rios que efetivamente trabalham nessa área, o efeito da lei foi oposto, ficando comprometido o princípio da brevidade que procurava assegurar. De qualquer forma, quanto à preservação da cultura brasileira, consoante a análise dos relatórios pós-adotivos, é possível verificar que, apesar de algumas crianças esquecerem o idioma português, há uma significativa valorização do Brasil por elas e também por seus pais adotivos, que as incentivam a manter vivos os laços subjetivos com o País<sup>13</sup>.

#### **4 O procedimento da adoção internacional segundo a Convenção de Haia e o ECA**

Com a recente edição da Lei nº 13.509/2017, as formas de colocação da criança em lares substitutos no Brasil aumentaram com o reconhecimento do *apadrinhamento* (BRASIL, 2017c) como nova modalidade de relação a ser estabelecida com a criança em acolhimento institucional e uma família ou entidade civil ou pública, o que parece conferir caráter legal a uma relação de apoio não formalizada que ficou conhecida como “adoção à brasileira”.

Uma das motivações da nova lei, que reduz para dezoito meses o tempo de acolhimento institucional, é a tentativa de diminuir o número de crianças abrigadas. Em contrapartida, o reconhecimento de novas formas de apoio flexibiliza as relações civis na família, quando é o caso, e a criança em situação de abandono, ao não estabelecer garantias ou responsabilidades futuras mútuas. Dependemos de estudos posteriores para avaliar se a Lei nº 13.509/2017

veio mitigar os efeitos da Lei de Adoção (Lei nº 12.010/2009), que já alterara os dispositivos do ECA relativos ao processo, tornando-os mais rigorosos, tanto para a adoção nacional como para a internacional. Como efeito, foram contrariadas as intenções iniciais que motivaram a Lei nº 12.010/2009, entre as quais a de conferir celeridade à adoção.

A Lei nº 13.509/2017 estabelece que, esgotada a possibilidade de inserir a criança no núcleo de sua família extensa, a autoridade judicial deverá decretar a extinção do poder familiar, colocando-a “sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional” (ECA, art. 19-A, § 4º) (BRASIL, [2019]). O rompimento do vínculo de parentesco do adotando com sua família biológica é a primeira etapa do processo de adoção, e a sentença tem efeito declaratório; a constituição de um novo vínculo de filiação com os pais adotivos vem em momento posterior, e a sentença tem efeito constitutivo. Em decorrência de tais efeitos jurídicos, é irrevogável a adoção feita tanto no Brasil quanto em outros Estados, sendo preceito de ordem pública internacional a garantia de irrevogabilidade do vínculo familiar instituído entre adotantes e adotado.

Além disso, os adotados não devem sofrer discriminações legais referentes à filiação civil e, por isso, na adoção internacional, crianças ou adolescentes brasileiros deverão ter os mesmos direitos atribuídos aos filhos biológicos. É preceito constitucional a igualdade de direitos civis e sucessórios entre filhos naturais e adotivos (CRFB, art. 227, § 6º), o que também deverá ser assegurado no Estado estrangeiro. Não se pode admitir que, no país dos adotantes, a criança ou o adolescente não tenham garantias, sobretudo as constitucionais, que teriam em seu país de origem. Por isso, se a adoção aqui decretada não puder ser confirmada no país dos adotantes

<sup>13</sup> “Ela também gosta de visitar a tia, que fala o português. Sempre que a tia volta de uma viagem a Portugal, ela traz alguma coisa para C\* ler. C\* está muito decidida a não perder sua língua materna. Quer voltar a visitar o Brasil nas férias, quando tiver mais idade”.

ou se ali produzir efeitos que resultem em prejuízo para o adotando, a adoção não será deferida, por violar os princípios consignados pela CHAI.

De acordo com a análise dos cadastros existentes nas CEJAs, é possível averiguar se todas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira estão esgotadas. Além disso, o adolescente é consultado e manifesta-se em relação à sua adoção. Quando esse processo começa a ser desenvolvido no Brasil, os pretendentes já percorreram um longo percurso no seu país de origem para se tornarem aptos à adoção internacional. Nos termos da Convenção de Haia, a pessoa ou casal estrangeiro interessado em adotar deve providenciar pedido de habilitação junto à Autoridade Central de seu país de residência, que verificará se os solicitantes são qualificados para esse mister. Após detida análise, será elaborado relatório circunstanciado, acompanhado de estudos psicossociais da família, ao qual será juntada a cópia da legislação vigente no país dos pretendentes<sup>14</sup>.

A disponibilidade de adotantes estrangeiros para as adoções de crianças maiores de cinco anos, faixa etária determinada por orientação da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), para a adoção de grupos de irmãos, de crianças e adolescentes com necessidades especiais ou doenças crônicas, de etnias ou cor de pele distinta das famílias adotantes, vem sempre acompanhada de intenso trabalho de preparação dos pretendentes, quando ainda estão nos seus países de origem ou residência, o que é essencial nos casos de adoções tardias em razão dos prováveis danos psicológicos sofridos pelo adotando. Somente após todo o processo de preparação, os adotantes solicitarão sua habilitação à Autoridade Central do seu Estado, com a entrega do relatório psicossocial circunstanciado a ser enviado à ACAF com cópia às CEJAs. Os documentos devem ser apostilados e traduzidos por tradutor juramentado. Os pedidos de habilitação geralmente são feitos por organismos credenciados, associações civis filantrópicas, oriundos de Estados que ratificaram a CHAI.

Como se pode observar, no caso das duas Autoridades Centrais estaduais analisadas, as de Minas Gerais e São Paulo, todas as adoções internacionais são intermediadas por associações civis pró-adotivas; e, para que sejam credenciadas como mediadoras, há uma série de exigências de controle, especialmente quanto a sua experiência e idoneidade. O seu credenciamento ocorrerá somente se demonstrarem estar aptas a cumprir adequadamente suas funções e os critérios de habilitação, especialmente quanto ao envio dos relatórios pós-adotivos. Para evitar desvirtuamento

---

<sup>14</sup>Na página da Autoridade Central do governo italiano, encontram-se em português todas as informações relativas aos procedimentos de habilitação dos adotantes italianos, que deverão apresentar sua declaração de disponibilidade para desencadear a averiguação territorial de suas condições objetivas à adoção, suficiente para garantir-lhes o decreto de idoneidade que será apresentado pelos adotantes ou pela associação mediadora às Autoridades Centrais estaduais e federal (LA STRADA..., [200-]).

da adoção internacional, todo e qualquer repasse de recursos financeiros para esse fim deverá ser feito exclusivamente por meio do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, previsto no art. 88, IV, do ECA<sup>15</sup>.

Em que pese a Lei nº 12.010/2009 prever que o procedimento para a perda do poder familiar, condição para que se inicie o processo de adoção, deva ser encerrado em 120 dias (ECA, art. 163), ele é frequentemente longo e dispendioso, o que diminui as possibilidades de adoção no País. Ocorre que os prazos consignados em lei são apenas uma referência lançada pelo legislador: o seu descumprimento não acarreta quaisquer consequências processuais. No mesmo sentido, está previsto que o recurso deverá ser levado à mesa para julgamento no prazo de 60 dias (ECA, art. 199-D), parâmetro que decorre da necessária prioridade e celeridade com que devem ser tratados os casos submetidos à Vara da Infância e da Juventude. Apesar da diretiva legal, em nenhuma hipótese a celeridade desejada pode importar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, e daí surgem questões delicadas. O prazo processual, que procura proteger a criança, pois é seu o direito à ampla defesa e ao contraditório, também a prejudica, pois ela aguarda numa instituição de acolhida o desenrolar do processo. A cautela no processo de perda do poder familiar é imposta não só pela gravidade da medida que será tomada, uma vez que implica o fim do vínculo da criança com sua família natural, mas também por força da relevante repercussão socioafetiva que a medida acarreta na vida da criança.

O prazo do estágio de convivência, também regulado por lei, tem por função verificar a compatibilidade entre adotantes e adotando e deve ser acompanhado por especialistas responsáveis pela elaboração do estudo psicossocial. Tratando-se de adoção internacional, o estágio de convivência é obrigatório e não poderá ser dispensado pelo juiz. Será cumprido sempre no território nacional, de preferência na comarca de residência da criança e será de no mínimo 30 dias e no máximo 45 dias, prorrogáveis uma vez por igual período mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Portanto, o estrangeiro deve permanecer no Brasil sem exercer atividade remunerada enquanto a decisão da adoção não transita em julgado, arcando com o ônus da hospedagem, alimentação, entre outros, apesar de, em alguns casos, poder contar para tanto com subsídios do seu Estado.

Após todos os trâmites, e concluído o laudo elaborado pela equipe interprofissional, o processo será encaminhado para julgamento da CEJAI,

---

<sup>15</sup> O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) publicou, em março de 2010, a Resolução nº 137 (BRASIL, 2010), que “dispõe sobre os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente”.

que é composta por sete membros: seis desembargadores, sendo um deles o corregedor-geral da justiça, que exerce a presidência da comissão, três aposentados e dois da ativa, além de um juiz de Direito. Após essa avaliação ocorre a expedição do Laudo de Habilitação dos adotantes, que será entregue ao seu representante depois de submetido à ciência do Ministério Público. A partir de então, os adotantes deverão aguardar o chamado do juiz da Infância e da Juventude para o processamento da adoção.

O adotante estrangeiro habilitado entrará no CNA para que, quando houver uma criança ou adolescente em situação definida, possa ser consultado sobre o interesse em adotá-la. Sendo negativa a pesquisa junto ao CNA ou ao Cadastro da Comarca, o juiz solicitará à CEJA a relação de interessados em adotar, igualmente registrados no Cadastro Centralizado estadual. Uma vez esgotada sem sucesso a pesquisa nos cadastros adotivos, o juiz poderá consultar diretamente os representantes dos organismos estrangeiros credenciados, assegurada a igualdade de oportunidades entre eles. Para isso, as Varas da Infância e Juventude estaduais também poderão contatar a CEJA, que remeterá a listagem atualizada de todos os organismos habilitados a atuar no Estado.

Às CEJAs cabe a habilitação dos pretendentes à adoção internacional, mas não é sua competência a concretização das adoções. Sua participação justifica-se porque o preparo para a adoção internacional difere daquele para a adoção nacional, especialmente em relação às dificuldades iniciais de relacionamento entre os pretendentes e as crianças, tendo em vista suas diferenças culturais e, em especial, as dificuldades de comunicação, pois geralmente o idioma compreendido pelo adotado não é o falado pelos adotantes.

Transitada em julgado a decisão que concede a adoção internacional, a autoridade judiciária determinará a expedição de alvará com autorização de viagem, igualmente necessário para a obtenção do passaporte. No alvará deverão constar obrigatoriamente as características da criança ou do adolescente adotado, como idade, cor, sexo, eventuais sinais ou traços peculiares, além de foto recente e suas impressões digitais, instruindo o documento com a cópia autenticada da decisão e a certidão de trânsito em julgado do processo de adoção.

Concluída a adoção e a instalação da nova família no Estado de destino, os organismos intermediadores deverão enviar à CEJA, semestralmente, por no mínimo dois anos, os relatórios pós-adotivos, com cópia para a ACAF. Esse acompanhamento deve durar até que se comprove que a criança ou o adolescente tem garantida a nacionalidade do país que o acolheu e que já houve a juntada de cópia autenticada de sua nacionalização junto ao registro civil respectivo. Os organismos devem diligenciar no sentido de garantir que os adotantes encaminhem à ACAF a cópia da certidão

de registro civil estrangeiro e do certificado de nacionalidade logo que forem concedidos, como forma de garantir a regularização do adotado no país de acolhida. Se as entidades intermediadoras não apresentarem os seus relatórios de atividades e, principalmente, os relatórios de acompanhamento pós-adotivo, haverá a suspensão do seu credenciamento, espécie de sanção aos organismos que não cumprem as exigências da Convenção de Haia.

## **5 Entidades intermediárias no processo de adoção internacional: as Autoridades Centrais e os organismos não governamentais credenciados**

A instituição das Autoridades Centrais pela Convenção de Haia procura garantir que eventuais intermediários não obtenham benefícios materiais com a adoção (art. 8<sup>o</sup>) e que as adoções somente sejam deferidas para pretendentes qualificados, ou seja, aqueles que se submeteram à prévia preparação e que tiveram seus laudos psicossociais aprovados, tanto pelo seu Estado de origem como pelo Estado da criança a ser adotada. Esses laudos indicarão a situação dos adotantes e o perfil das crianças que pretendem adotar ou que lhes seriam mais convenientes.

Por isso, ao ratificar a CHAI, o Estado deve indicar qual de seus órgãos públicos constituirá a Autoridade Central responsável pela cooperação jurídica com os demais Estados ratificantes. No caso do Brasil, devido ao sistema federativo, foram criadas também as Autoridades Centrais estaduais.

Pelos seus termos, o adotante estrangeiro deverá obter inicialmente o seu credenciamento junto ao seu Estado de origem e, em seguida, providenciar, por meio das entidades civis pró-adotivas, sua habilitação no órgão correspondente no Estado da criança ou adolescente (art. 15)<sup>16</sup>. Os critérios a serem preenchidos para essa autorização dependerão da legislação específica de cada Estado<sup>17</sup>. São as leis de adoção do país que acolherá o menor que determinam as condições para que ela se realize, fixando, por exemplo, a diferença de idade entre adotantes e adotando,

---

<sup>16</sup> Art. 15. 1. "Se a Autoridade Central do Estado de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, a mesma preparará um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam, sua aptidão para assumir uma adoção internacional, assim como sobre as crianças de que eles estariam em condições de tomar a seu cargo. 2. A Autoridade Central do Estado de acolhida transmitirá o relatório à Autoridade Central do Estado de origem" (BRASIL, 1999a).

<sup>17</sup> Os critérios estabelecidos pela Itália podem ser consultados na página de sua Autoridade Central, a Comissão para Adoções Internacionais vinculada à Presidência do Conselho de Ministros (LA STRADA..., [200-]).

o limite máximo na faixa etária do adotado, que a Convenção fixa em 18 anos (art. 3º), ou o perfil da criança ou adolescente passível de adoção internacional, dado que a própria Convenção de Haia consagra o princípio da excepcionalidade no seu art. 4º.

Em face da dimensão do território brasileiro e do seu regime político federativo, as CEJAs atuam diretamente durante todo o processo adotivo, desde a habilitação dos adotantes estrangeiros até a identificação da criança a ser adotada, acompanhando o estágio de convivência no Brasil e, finalmente, sua adaptação no Estado de acolhida. Como devem diligenciar pelo bem-estar e segurança da criança, usam da discricionariedade para solicitar a complementação dos estudos relativos aos adotantes, requerer a apresentação de novos documentos, a realização das diligências que entenderem necessárias, além de analisar a compatibilidade entre as legislações, de forma a garantir que todos os requisitos objetivos e subjetivos da adoção sejam atendidos.

### 5.1 O papel das associações pró-adotivas credenciadas

O processo de adoção internacional regulado pela Convenção de Haia é provocado e acompanhado por associações civis pró-adotivas sediadas no país dos adotantes, credenciadas junto às Autoridades Centrais do país do adotado e ao Escritório Permanente (*Bureau Permanent*) da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado<sup>18</sup>. O papel dos organismos credenciados e as condições para o seu credenciamento estão previstos nos arts. 9º a 13 da Convenção (BRASIL, 1999b).

Essas entidades são essenciais em todo o processo, desde a preparação dos adotantes para a adoção internacional, que pode ser longa, até sua habilitação junto à Autoridade Central de seu país de origem. São também responsáveis pela aproximação entre o adotante e o adotando, e, juntamente com as equipes técnicas do juízo, por prepará-los para a adoção internacional, acompanhando a adaptação recíproca à nova vida familiar. São elas que enviam os relatórios pós-adotivos para as CEJAs no Brasil.

Num primeiro momento, essas organizações humanitárias utilizam-se de fotos, e-mails e todos os instrumentos hábeis para o prévio conhecimento das partes e, com a chegada do adotante ao Brasil, o organismo poderá agir ainda mais ativamente, preparando-se para receber, orientar e acompanhar o adotante em sua aproximação com o adotado. São cruciais para os primeiros contatos entre as partes, pois atuarão como intérpretes e mediadores durante os primeiros embates culturais, espe-

---

<sup>18</sup>No caso do Brasil, as Autoridades Centrais estaduais são as CEJAs ou CEJAIs, além da ACAF, nos termos do art. 6º da Convenção de Haia.

cialmente linguísticos, além de darem suporte, nos primeiros anos posteriores à adoção, para prevenir, minimizar e resolver dificuldades no relacionamento que se inicia.

Os interessados em adotar devem procurar, no país onde residem, um organismo habilitado junto a sua Autoridade Central para intermediar a adoção internacional pretendida; e essas entidades, para que possam atuar, devem também ser credenciadas nos países ratificantes da Convenção de Haia, declarando seu compromisso com as normas reguladoras do instituto da adoção internacional. Para atuarem no Brasil, as associações mediadoras estrangeiras devem estar cadastradas na Polícia Federal e credenciadas pela ACAF em Brasília. Como se afirmou, com o Decreto nº 9.150/2017 (BRASIL, 2017b), a Autoridade Central federal deixa de ser a Secretaria de Direitos Humanos e passa a atuar no âmbito do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional.

Uma vez credenciadas, podem enviar diretamente à CEJA o dossiê dos pretendentes, que será autuado por sua Secretaria e remetido à conclusão e despacho inaugural do seu presidente, dando-se, em seguida, vista ao Ministério Público. Também poderá ser determinada pela CEJA a manifestação do seu corpo técnico, composto por assistentes sociais e psicólogos. Se houver necessidade, será exigida toda e qualquer complementação, a qual deverá ser cumprida pelo representante dos adotantes no Brasil dentro do prazo estipulado.

Todo esse cuidado é fundamental, uma vez que adotantes e adotandos merecem tratamento diferenciado pela equipe interprofissional que acompanha os procedimentos da adoção, pois trata-se de um momento delicado em que poderão sobrevir conflitos culturais a demandar maiores esforços de adaptação, tanto por parte da criança ou do adolescente – o novo membro familiar sobre o qual recaem expectativas –,

quanto em relação à família adotante, que tem uma cultura e uma língua estranhas ao adotando. Essa atenção especial tem a finalidade de evitar inseguranças, eliminar receios e criar um ambiente de confiança mútua propício à adoção.

Para evitar favorecimentos ou até mesmo um tratamento diferenciado em razão de envolvimento emocional com o caso, é proibido o contato direto de representantes dos organismos credenciados com dirigentes de programas de acolhimento institucional ou familiar no país de origem do adotando, assim como com as crianças e adolescentes em condições de serem adotados, salvo se existir autorização judicial para tanto.

Do último relatório divulgado pela CEJAI-SP, em 2011, constam os seguintes organismos credenciados: AIPA, AIBI, AMI, ARAI, AVSI, Amici di Don Bosco, CIFA, I Cinque Panni, Il Mantello, Il Conventino, In Cammino, NOVA, Progetto São José e SJAMO, todos da Itália; da França, estavam credenciados Arc en Ciel, Edelweiss e Medecins du Monde; da Espanha, AAIM e ASEFA; da Noruega, apenas o Inoradopt.

## 5.2 O CNJ e o CNA

Em 29 de abril de 2008, o CNJ criou o CNA (BRASIL, 2008) para centralizar e uniformizar as informações relativas aos pretendentes e às crianças acolhidas em instituições sediadas em todas as unidades federativas do País. Seu objetivo é agilizar e facilitar o acesso das Varas da Infância e Juventude e das CEJAs às informações capazes de reunir o pretendente à adoção, nacional ou estrangeiro, e a criança que perdeu os laços com sua família biológica. Com a instituição do CNA, a consulta a interessados passou a ser mais abrangente, facilitando a colocação do menor em família residente no País. Esse instrumento pode explicar a queda

gradativa no número de adoções internacionais realizadas pelas CEJAs nos últimos anos.

Segundo dados fornecidos pelo CNJ, atualmente há 8.478 crianças e adolescentes em condições de adoção no Brasil e um cadastro de 42.864 brasileiros e apenas 264 estrangeiros como adotantes (CNA..., [200-]), números que permitiriam deduzir que nenhuma criança institucionalizada ficaria sem uma família; entretanto, isso não acontece em razão das restrições apresentadas pelos pretendentes.

Nos cadastros constam os registros de preferência dos adotantes, o que permite comparar as ressalvas impostas por casais brasileiros, que majoritariamente manifestam sua preferência por bebês brancos e saudáveis, em relação àquelas apontadas por pretendentes estrangeiros, que geralmente não fazem restrições de caráter étnico e dispõem-se a adotar crianças maiores e adolescentes, isolados ou em grupo de dois ou três irmãos.

Nesse sentido, considere-se que a própria criação do CNA pode ter gerado expectativas maiores nos adotantes brasileiros, que agora têm a possibilidade de adotar em qualquer comarca brasileira. Isso aumenta as possibilidades de encontrar a criança capaz de suprir sua expectativa, levando-os a restringir suas preferências a um perfil específico, o que retarda a escolha e estimula a recusa de uma criança mais velha, por exemplo, para esperar por um recém-nascido.

A questão é que, desde que passamos a acompanhar em 2009 as adoções internacionais ocorridas no Brasil, são relativamente poucas as crianças menores de quatro anos. Em 2012, eram apenas 4%. Hoje em dia, o número aumentou consideravelmente, mas ainda é de apenas 17,71% em relação às demais, sendo que 38,15% são adolescentes maiores de doze anos (CNA..., [200-]). A consequência é que a colocação de crianças maiores de quatro anos em famílias substitutas brasileiras se torna lenta e difícil, aumentando o tempo de abrigo. Situação diversa ocorre na adoção internacional, para a qual as crianças, em razão do princípio da excepcionalidade, demoram a ser habilitadas, mas, após sua indicação, o processo é rápido, justamente por serem aceitas com mais facilidade pelos interessados. Em relação à adoção internacional, são outros os problemas que comprometem a efetividade da instituição.

Um dos problemas constatados na rotina da CEJAI-SP são os requerimentos enviados sem a correta padronização do conteúdo dos formulários apresentados, o que leva à divergência das informações necessárias e hábeis a preencher os cadastros de adotantes. Quando isso acontece, o requerimento precisa ser devolvido à sua origem para ser corrigido ou complementado, causando uma morosidade desnecessária ao procedimento de habilitação em curso, além de atrasar outros pro-

cessos que poderiam ser efetuados no tempo despendido com cadastros irregulares. Por outro lado, o excesso de informações é outro problema da CEJAI, pois muitas vezes são entregues relatórios com diversas laudas de informações inúteis ao cadastro, dificultando sua análise e a identificação das informações realmente necessárias.

O grande problema de tentar impor uma padronização no processo de habilitação dos adotantes é que continuarão existindo comarcas no Brasil onde essas determinações poderão ser ignoradas por falta de conhecimento ou de interesse dos serventuários, ou porque nem sequer existe informatização que possibilite divulgar e cumprir as disposições. Enquanto não houver padronização do procedimento e nivelamento das comarcas nos quesitos de informatização e modo de trabalho, a CEJA continuará analisando requerimentos desnecessariamente longos ou omissos. Outra questão apontada pela equipe de profissionais é o fato de que em grande parte das comarcas não há setor técnico qualificado para trabalhar com adoção internacional. Isso fica evidente ao verificar que comarcas efetivamente a promovem: segundo o último levantamento pela CEJAI-SP, realizado em 2011, eram apenas 78 num total de 238 comarcas paulistas (SÃO PAULO, 2011).

Outro aspecto é o descuido das comarcas ao registrar as informações enviadas pela CEJAI – nitidamente perceptível, por exemplo, quando notamos que o funcionário local informou que o adotante aceita crianças soropositivas, mas não assinala que ele também aceita crianças que não têm HIV. Esses detalhes devem ser tratados com cuidado, pois não é possível presumir se o adotante aceita, ou não, certas características da criança.

Considerando que tais informações alimentarão o CNA no CNJ, esses atrasos e imprecisões comprometerão a sua atualização e, consequentemente, a efetividade da adoção, tanto nacional quanto internacional.

## **6 A questão da nacionalidade da criança adotada**

Uma das preocupações do Estado brasileiro ao ratificar a Convenção de Haia é garantir a nacionalidade do Estado de acolhida à criança brasileira adotada, de forma que nunca esteja sujeita às restrições que recaem sobre estrangeiros, entre as quais está a possibilidade de futura expulsão.

A nacionalidade é um vínculo jurídico que liga a pessoa a um Estado, conferindo-lhe direitos e obrigações. Ter uma nacionalidade garante a proteção institucional do Estado de origem onde quer que se encontre a pessoa, além de a ele poder retornar, sem óbices, a qualquer tempo. Com efeito, a apatridia implica limitações em relação aos direitos humanos, dada a precariedade da situação político-jurídica.

Apesar de garantir ao adotado o vínculo da filiação (art. 2º), a CHAI é silente em relação à aquisição da nacionalidade, garantindo apenas que a adoção ocorrerá quando as autoridades competentes do Estado de acolhida tiverem verificado que a criança foi ou será autorizada a entrar e a nele residir permanentemente (art. 5º, c, e art. 17, d). No entanto, a autorização de residência permanente atribuída a um estrangeiro não pode ser confundida com a aquisição da nacionalidade naquele Estado. Por isso, é fundamental que as autoridades brasileiras exijam a prova de que a naturalização está sendo providenciada e que os relatórios pós-adotivos se estendam até que o diploma de naturalização da criança seja registrado no Brasil, garantindo-lhe a plena aquisição de direitos civis, além do reconhecimento de seus direitos em relação ao Estado de acolhida.

Esse cuidado deve ser tomado para evitar que se repitam os transtornos sofridos pelos jovens Joao Herbert e Djavan Arams Silva, legalmente adotados por casais norte-americanos, mas posteriormente expulsos dos Estados Unidos em razão de terem cometido, em 1996, os crimes de tráfico de drogas e desacato a autoridade (Joao tentou entregar uma pequena quantidade de maconha a um policial disfarçado e Djavan agrediu um policial) (AITH, 2000a, 2000b). O governo brasileiro, por meio do Ministério das Relações Exteriores, tentou evitar a expulsão, alegando a irrevogabilidade da adoção e a impossibilidade de os jovens se reintegrarem à sociedade brasileira. No entanto, as negociações só prolongaram a permanência de ambos nas penitenciárias em que estavam, apesar de a sentença ter determinado a prisão domiciliar. Esses jovens retornaram ao Brasil sem qualquer vínculo com sua família de origem ou comunidade onde viviam e sem falar português, o que lhes causou grande dificuldade de reintegração. Por esses motivos, além de o Brasil não revogar

a nacionalidade do adotado, cuida para que seja também deferida a nacionalidade no país de acolhida como medida protetiva ao adotado, a fim de que não sejam considerados estrangeiros no país onde constituem a sua estrutura familiar.

Compete ao Estado de origem disciplinar se o adotado perderá ou manterá a sua nacionalidade originária, e ao Estado de acolhida regular se o adotado adquirirá a sua nacionalidade e em qual modalidade, se originária ou derivada. Para a legislação brasileira, a adoção internacional não resulta em perda da nacionalidade, pois a aquisição imposta ou a aceitação tácita de outra nacionalidade é insuscetível de cancelar a brasileira, nos termos do § 4º do art. 12 da CRFB. O brasileiro somente perde sua condição de nacional quando faz escolha voluntária pela nacionalidade estrangeira e desde que a fórmula estabelecida pelo Estado de acolhida exija a manifestação de renúncia à nacionalidade de origem.

No caso da adoção internacional, o interessado aceita um *status* que lhe é oferecido por força do ato civil que determina sua filiação, não havendo nesse ato qualquer indício de preferência de uma nacionalidade a outra. A criança brasileira, portanto, será detentora de duas nacionalidades, a originária, pelo critério da territorialidade, e a derivada do ato civil da adoção.

## Conclusão

A ratificação da CHAI ocorreu num contexto de graves denúncias relativas ao tráfico de menores e no momento em que o Estado brasileiro se empenhava em evitar a expulsão de jovens brasileiros adotados por casais estrangeiros que não providenciaram sua naturalização. Suas normas estabelecem a garantia de reconhecimento mútuo, entre os Estados, dos efeitos da adoção,

constituindo vínculo irrevogável de filiação entre adotante e adotado, sem quaisquer discriminações em relação aos filhos naturais.

O tratado, ao estabelecer a criação das Autoridades Centrais responsáveis por dirigir e supervisionar as adoções internacionais, em estreita cooperação entre os Estados envolvidos, permite a previsibilidade dos procedimentos e dos efeitos da adoção. No Brasil, além da Autoridade Central federal, os Estados também têm suas CEJAs, instituídas como Autoridades Centrais estaduais, de forma a desconcentrar a cooperação jurídica entre os interessados. O trabalho conjunto dessas comissões com juízes e promotores tem a função de promover e supervisionar a adoção internacional de crianças que tiveram o poder parental destituído por sentença judicial e se encontram em abrigos públicos.

As CEJAs, presentes em todas as unidades da Federação, recolhem e sistematizam as informações relativas aos pretendentes e às crianças recolhidas em abrigos institucionais nas comarcas sob sua jurisdição, enviando os dados para o CNJ, que atualmente concentra todas essas informações no CNA. É também responsável, depois de concluída a adoção, por receber e analisar os relatórios pós-adotivos enviados pelos organismos credenciados que intermediaram o contato entre os adotantes estrangeiros e as crianças brasileiras.

Tais relatórios são de grande valia, pois permitem o acompanhamento da criança e do adolescente junto à sua nova família, conferindo segurança ao instituto, minimizando as lacunas que permitiam as fraudes no processo de adoção internacional e que levaram às graves denúncias de tráfico para extração de órgãos, desvelando ainda as circunstâncias em que ocorre o sequestro de crianças e adolescentes para exploração sexual.

Com base na análise dos relatórios pós-adotivos, é possível avaliar os benefícios que a adoção traz para crianças e adolescentes brasi-

leiros, que, de outra forma, estariam condenados a permanecer abrigados até sua maioridade e, ao deixarem a instituição de abrigo, a enfrentar uma realidade em situação de profunda vulnerabilidade. De sua leitura é possível aferir que há características semelhantes em muitos casos de adoção internacional, como a recorrência da adoção de grupos de irmãos, que na CEJAI-SP é a maioria dos casos. Outra informação relevante é que, em grande parte das adoções internacionais, a criança apresenta algum comprometimento físico ou mental, o que é de pleno conhecimento dos adotantes e não afasta seu interesse em relação à criança. Pelo contrário, é notável o seu empenho em buscar tratamento capaz de curar ou facilitar a vida de seus filhos adotivos no país de acolhida. A preocupação e o esforço desses novos pais, que buscam suprir todas as carências da criança, é algo facilmente identificável nos relatórios, o que inegavelmente valoriza o instituto da adoção internacional: são notáveis o afeto e a dedicação dessas famílias a crianças com saúde debilitada ou numa idade em que dificilmente conseguiriam um lar no Brasil. É o que se pode concluir do seguinte trecho de um dos relatórios apresentado após os dois primeiros anos de convivência da criança com sua nova família:

Y é hoje aberto: tornou-se uma criança segura e emotivamente forte, certo mais do que nunca de que a mãe e o pai estão e estarão sempre com ele. Isto se nota pela sua tranquilidade, serenidade na família, na escola e com as outras crianças. Y adora quando estão os três juntos, a “família M”, como sempre chama este trio, é o *slogan* que prefere e não falta ocasião para interpor-se entre a mãe e o pai para abraçá-los e pedir para lhe fazerem mimos, é ali que atinge o ápice da sua felicidade, o seu corpinho se aloja entre aqueles dos pais e o sorriso ilumina o seu maravilhoso rosto.

Em face disso, pode-se afirmar que o procedimento estabelecido pela Convenção de Haia,

a estreita cooperação mantida entre as CEJAs e os organismos intermediários credenciados garantem a efetividade dos direitos fundamentais à infância e à juventude e a eficiência dos instrumentos de monitoramento desses direitos, assegurando que o instituto da adoção internacional não seja desvirtuado. O trabalho desenvolvido pelas CEJAs tem, de fato, possibilitado que muitas crianças brasileiras tenham a oportunidade de encontrar um lar que as acolha com amor e respeito, propiciando-lhes um futuro que seria negado caso permanecessem no Brasil.

### Sobre a autora

Cynthia Soares Carneiro é doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora do curso de graduação e mestrado acadêmico da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.  
E-mail: [cynthia.carneiro@usp.br](mailto:cynthia.carneiro@usp.br)

### Como citar este artigo

(ABNT)

CARNEIRO, Cynthia Soares. Adoção internacional: a importância dos relatórios pós-adoptivos para a proteção da criança brasileira no país dos adotantes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 99-122, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p99](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p99)

(APA)

Carneiro, C. S. (2019). Adoção internacional: a importância dos relatórios pós-adoptivos para a proteção da criança brasileira no país dos adotantes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 99-122. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p99](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p99)

### Referências

AITH, Marcio. EUA querem deportar brasileiro adotado. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 13 fev. 2000a. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1302200028.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Sob protesto, EUA deportam brasileiro. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 15 nov. 2000b. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1511200001.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Resolução nº 66, de 1994. Institui a Comissão Parlamentar de Inquérito para Investigar a Adoção e o Tráfico de Crianças Brasileiras. *Diário do Congresso*

Nacional, Brasília, DF, ano 49, n. 81, p. 9.063, 9 jun. 1994. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09JUN1994.pdf#page=3>. Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 54, de 29 de abril de 2008*. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção. [Brasília, DF]: Conselho Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=72>. Acesso em: 25 jun. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm). Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999*. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Brasília, DF: Presidência da República, 1999a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3087.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm). Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 3.174, de 16 de setembro de 1999*. Designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, institui o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1999b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3174.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3174.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.491, de 18 de julho de 2005*. Regulamenta a atuação de organismos estrangeiros e nacionais de adoção internacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5491.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5491.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.150, de 4 de setembro de 2017*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Justiça e Segurança Pública, remaneja cargos em comissão e funções de confiança [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. [Revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9150.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm). Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm). Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Direitos Humanos. *Resolução nº 137, de 21 de janeiro de 2010*. Dispõe sobre os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências [...]. [Brasília, DF]: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/137-resolucao-137-de-21-de-janeiro-de-2010/view>. Acesso em: 24 jun. 2019.

CÁPUA, Valdeci Ataíde. *Adoção internacional: procedimentos legais: conforme a nova Lei de adoção, Lei 12.010-09*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARNEIRO, Cynthia Soares; LAIGNIER, Pamela D'Ávila. Adoção internacional: a eficácia da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional no acompanhamento da criança brasileira adotada por casal estrangeiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, [Belo Horizonte], v. 12, n. 23, p. 187-216, jan./jun. 2011. DOI: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2011v14n27p187>. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2011v14n27p187/3935>. Acesso em: 25 jun. 2019.

CNA – Cadastro Nacional de Adoção. *Conselho Nacional de Justiça*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em: 25 jun. 2019.

DECLARAÇÃO dos Direitos da Criança – 1959. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*, São Paulo, [200-]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 24 jun. 2019.

LA STRADA dell'adozione. *Commissione per le Adozioni Internazionali*, Roma, [200-]. Disponível em: <http://www.commissioneadozioni.it/per-una-famiglia-adottiva/per-adottare/la-strada-dell-adozione/>. Acesso em: 24 jun. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional. *Adoções internacionais realizadas no estado de São Paulo no período de 2004-2010*. São Paulo: CEJAI, 2011. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=33504>. Acesso em: 24 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. (Estado). Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional. *Comunicado CEJAI 16/06*. Dispõe sobre a competência dos Diretores de Cartório da Infância e da Juventude para envio das informações à CEJAI-SP. [São Paulo: CEJAI], 2006. Disponível em: [http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/comunicado\\_cejai\\_16.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/comunicado_cejai_16.pdf). Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. (Estado). Corregedoria Geral da Justiça. *Comunicado CG 697/2008*. Dispõe sobre a atualização dos dados do Cadastro Centralizado Estadual e lançamento de suas informações no Cadastro Nacional de Adoção. [São Paulo: Corregedoria Geral da Justiça], 2008. Disponível em: [http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/comunicado\\_cg\\_697.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/comunicado_cg_697.pdf). Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. (Estado). Tribunal de Justiça. *Portaria 2.656/92*. Institui a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional do Estado de São Paulo. São Paulo: [Tribunal de Justiça], 1992. Disponível em: [http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/portaria\\_2656.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/portaria_2656.pdf). Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. (Estado). Tribunal de Justiça. *Provimento 05/2005*. Dispõe sobre a uniformização dos procedimentos relativos à inscrição, habilitação, cadastramento e atualização de dados dos pretendentes à adoção residentes no Estado de São Paulo. [São Paulo: Tribunal de Justiça], 2005. Disponível em: [https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/provimento\\_05.pdf](https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/provimento_05.pdf). Acesso em: 25 jun. 2019.

VIOTTO, Décio. Um estranho na terra natal. *Época*, [São Paulo], 1º jul. 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT152004-15223-152004-3934,00.html>. Acesso em: 25 jun. 2019.

# A resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado

JOÃO PEDRO KOSTIN FELIPE DE NATIVIDADE

**Resumo:** O objetivo desta investigação é analisar o estado da arte da matéria responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas e sugerir a resolução do Recurso Extraordinário nº 136.861, que envolve pleito de reparação por danos decorrentes de explosão de loja de artigos pirotécnicos em zona residencial, Tema de repercussão geral 366. Sustenta-se que a modalidade de responsabilização estatal por omissão deve ser objetiva e que, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal deve prover o recurso, fixando que, se o ente federativo cobra taxa de fiscalização, é de sua responsabilidade a reparação dos danos causados em razão de omissão no exercício do correspondente poder de polícia da atividade em questão.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Fiscalização. Tema 366. RE nº 138.861.

## The resolution of Case 366 (STF) and its consequences for state liability in omission cases

**Abstract:** The objective of the investigation is to analyze the state of the art regarding state liability in omission cases and to suggest the resolution of Extraordinary Appeal n. 136.861, which involves a claim for damages due to the explosion of a fire shop in a residential area, Case 366. It is concluded that liability must be strict, and, in this case, the Court must accept the appeal, stating that if there is an inspection fee, then the State is responsible to repair damages caused by its omission in caring out surveillance of the whole activity.

Recebido em 22/4/19  
Aprovado em 4/6/19

**Keywords:** State liability. Omission. Surveillance. Subject 366. RE n. 138.861

## Introdução

Este estudo examina o Recurso Extraordinário (RE) nº 136.861 (BRASIL, 2008), Tema de repercussão geral 366, pendente na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF), à luz das doutrinas em matéria de responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.

Em um primeiro momento, no tópico 1, para a construção das premissas e bases teóricas que fundamentam a análise de caso, discorre-se sobre os fundamentos e objeções acerca das três principais correntes, uma firmando que a responsabilidade estatal seria subjetiva, outra que haveria regime dual de responsabilização a depender do tipo de omissão, e uma terceira sustentando que o Estado responderia sempre objetivamente.

No tópico 2, elencam-se sinteticamente os fatos e argumentos apresentados no RE nº 136.861, que diz respeito à explosão de estabelecimento que comercializava artigos pirotécnicos em zona residencial no município de São Paulo, para, ao final, no tópico 3, eleger a modalidade de responsabilidade civil aplicável à hipótese e sugerir uma proposta de resolução do caso alinhada às premissas conceituais definidas.

## 1 Teorias acerca da responsabilidade civil do Estado por omissão: estado da arte

A responsabilidade civil do Estado por omissão, tema de fértil discussão e de relevante aplicação nas Cortes brasileiras, encontra-se rodeado de vozes dissonantes na doutrina nacional e na jurisprudência.<sup>1</sup> Três são as principais correntes identificadas: uma defende a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de condutas omissivas; outra sustenta a responsabilidade objetiva para omissões próprias/específicas, mas subjetiva para omissões impróprias/genéricas; e, por fim, uma terceira estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado, em qualquer hipótese.

A primeira das três correntes é encabeçada na literatura especialmente pela obra e pensamento de Mello (2013, p. 1.019-1.034), que foi seguido por outros autores de relevo nacional.<sup>2</sup> Segundo essa corrente, para haver responsabilização estatal por danos decorrentes de condutas omissivas, além dos elementos inação, dever de agir, nexo de causalidade e dano, afirma-se necessária a caracterização de um quinto elemento, a culpa que, traduzida em negligência, imprudência ou imperícia, alberga, além disso, o conceito de dolo.

---

<sup>1</sup> Ver Hupffer, Naime, Adolfo e Corrêa (2012); Schuta (2009).

<sup>2</sup> Ver, por exemplo, a obra de Di Pietro (2005).

A responsabilização seria, então, subjetiva. Mas como aferir, *in concreto*, se o Estado agiu culposamente? A resposta mais simples seria apontar o comportamento de seus agentes. Entretanto, como se fala de inação, nem sempre um agente estará necessariamente envolvido. Por essa razão, os defensores dessa primeira corrente incorporaram à teoria da responsabilidade subjetiva traços da doutrina francesa da *faute du service*, indicando que, para haver responsabilização, deveria haver culpa pelo não funcionamento de serviço prestado pelo Estado.<sup>3</sup>

Para exemplificar, vejam-se os fatos descritos no agravo regimental no RE nº 633.138/DF (BRASIL, 2012), que não foi conhecido pelo STF em razão da Súmula 279<sup>4</sup> da Corte. No caso, uma professora sofrera agressões físicas e verbais de um aluno dentro da sala de aula numa escola pública do Distrito Federal, e o Tribunal *a quo* decidiu que o Estado deveria ser responsabilizado pelo não funcionamento ou pelo funcionamento insuficiente, inadequado ou tardio do serviço de segurança pública, evidenciado ante a negligência do ente federativo na vigilância no período de aulas. A lesão ao direito da cidadã ofendida, aliada ao dever da administração de prestar serviço de segurança, por si só, não seria suficiente para ensejar a reparação, que foi concedida graças ao reconhecimento da culpa administrativa. As objeções a essa posição serão tratadas mais à frente.

A segunda corrente pode ser representada pela obra de Cavaliere Filho (2014, p. 296-301). Para o autor, a responsabilidade do Estado em razão de condutas omissivas apresenta regime jurídico dual, objetivo para omissão própria (ou específica) e subjetivo para omissão imprópria

<sup>3</sup> Não se menciona o funcionamento tardio ou o mau funcionamento porque tais situações são interpretadas, pelo menos aqui, como hipóteses comissivas, e não omissivas.

<sup>4</sup> “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL, 1963).

(ou genérica). Pressupõe-se, assim, a existência de dois tipos de omissão e dois regimes jurídicos de responsabilização.

A omissão específica se caracteriza pela criação das condições para a ocorrência de um evento danoso, quando, em realidade, o Estado teria o dever jurídico de impedi-lo (HUPFFER; NAIME; ADOLFO; CORRÊA, 2012). É situação análoga à dispensada à omissão própria no direito penal, mas na conjuntura é o Estado que ocupa a posição do chamado garantidor. Assim, “a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298).<sup>5</sup> É possível exemplificar essa abstração com o dever imposto ao Estado de custódia dos presos e de guarda de crianças e jovens em escolas públicas e abrigos infantis. O STF, inclusive, já se deparou com o tema ao julgar o RE nº 580.252/MS (BRASIL, 2017b), em matéria de repercussão geral quanto à responsabilidade do Estado por força de violações a direitos fundamentais de detentos em estabelecimentos carcerários, e fixou a Tese nº 365.<sup>6</sup>

A omissão imprópria ou genérica, por sua vez, materializa-se quando “não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298). O Estado, nesse cenário, não teria um dever específico, mas um dever genérico, que

<sup>5</sup> Sobre o tema, ver também Castro (1997).

<sup>6</sup> “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento” (BRASIL, 2017b, p. [2]).

apenas acarretará responsabilização com a comprovação da culpa anônima do serviço público. Os defensores dessa corrente, assim, compreendem que a omissão imprópria não é causa direta e imediata do dano, mas uma condição para sua ocorrência, o que justificaria a dualidade de regimes de responsabilização. Para ilustrar, considerem-se as moradias situadas em morros e ribanceiras, zonas de risco em que deslizamentos de terra são frequentes em razão de chuvas e alagamentos. Com base nessa teorização, ocorrendo o desabamento de uma residência, a interpretação dispensada, num primeiro momento, seria de que fatos naturais foram a causa direta e imediata do dano. Somente num segundo momento, eventual inação estatal, reputada possível condição do evento danoso, haveria de ser apurada para aferir se o serviço público não funcionou e, em caso de resposta positiva, poderia então incidir a responsabilização do Estado. Ou seja, tivesse o serviço funcionado, a hipótese ficaria à míngua de reparação.

A primeira corrente, de viés subjetivista, recebe objeções que podem ser dirigidas, igualmente, à segunda posição. Entre as principais estão: (a) inadequada associação do conceito de ilicitude ao conceito de culpa; (b) indevida equiparação entre a doutrina francesa da *faute du service* e a responsabilidade subjetiva do Estado; (c) ausência de suporte constitucional para defesa de um regime jurídico dual de responsabilidade civil do Estado; e (d) enfraquecimento da proteção normativa dos direitos fundamentais.

Sobre o ponto (a), é corriqueira, mas indevida, a associação entre culpa e ilicitude. Mello (2013, p. 1.029), por exemplo, constata, com acerto, que a responsabilidade do Estado por omissão é sempre responsabilidade por comportamento ilícito, pois pressupõe violação a um dever, mas agrega a conclusão, reputada incorreta, de que não haveria conduta ilícita do Estado que não fosse proveniente de culpa ou dolo. A culpa, nessa visão, corresponderia ao não atendimento a um dever de agir delimitado na norma jurídica, o que na verdade retrata confusão da “averiguação de culpa (ou dolo) com a própria verificação da ação (ou omissão)” (GABARDO, 2003, p. 265), pois o dever de agir serve, justamente, para constatar se a conduta omissiva do Estado é (ou não) juridicamente qualificada para ensejar sua responsabilização, nada tendo que ver com culpa (BEDONE, 2011). Disso derivam duas premissas: (a.i) “não é possível admitir um ato estatal omissivo lícito” (GABARDO, 2003, p. 268) e (a.ii), inexistindo ofensa a dever de agir, sequer é possível falar de omissão relevante para o Direito.

Quanto à objeção (b), normalmente a hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado é associada à doutrina francesa da *faute du service*, exigindo-se prova de culpa para que haja responsabilização estatal. Isso se deve, em primeiro lugar, à má importação e consequente má aplicação da

teoria da *faute du service*. No Brasil, o vocábulo *faute* foi equivocadamente apropriado como culpa. No entanto, na França, onde se originou, seria tão somente a conduta contrária a uma norma jurídica, não havendo referência a qualquer elemento subjetivo. Além disso, no Direito francês, a doutrina atende a finalidade diversa daquela a que se presta no Brasil. Se, por aqui, justifica a subjetivação da responsabilidade estatal decorrente de condutas omissivas, lá é utilizada para identificar as hipóteses em que a Administração Pública deve ser acionada sozinha ou em solidariedade com um agente para reparar o cidadão, tanto em situações comissivas quanto omissivas. Em outras palavras, sua finalidade é destrinchar e resolver eventual atribuição, sobreposição e/ou cumulação de responsabilidades entre Administração e agente(s) público(s). Em nada a *faute du service* implica a responsabilização subjetiva do Estado, até porque na França se admite e se reconhece a responsabilidade civil do Estado por omissão (HACHEM, 2014b).<sup>7</sup>

O terceiro ponto (c) respeita aos contornos do regime administrativo de cada ordenamento jurídico. No caso, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]), em seu art. 37, § 6º, apresenta o seguinte enunciado normativo<sup>8</sup> quanto à responsabilidade civil do Estado: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Não se extrai desse enunciado qualquer diferenciação entre o regime jurídico aplicável à responsabilidade estatal por condutas omissivas e comissivas, pelo que se pode dizer que o regime jurídico-administrativo de responsabilidade civil do Estado no Brasil é objetivo.<sup>9</sup>

É verdade que, em tese, os defensores da responsabilidade subjetiva alegam que a utilização da locução *causarem* direcionaria, unicamente, a condutas comissivas, uma vez que a omissão do Estado seria apenas condição do dano, e não sua causa.<sup>10</sup> Mas esse argumento desconsidera

---

<sup>7</sup> Ver também Gabardo e Hachem (2010).

<sup>8</sup> Sobre a diferença entre enunciado, norma e proposições normativas, ver Alchourrón e Bulygn (1991).

<sup>9</sup> “A opção do Constituinte foi, indelevelmente, o modal ‘O’, obrigatório, conforme se pode depreender da leitura do artigo 37, § 6º. Assim, qualquer outra compreensão será: i) ou fundada em modal deôntico diverso; ii) ou fundada em modal alético, sem amparo deôntico; iii) ou fundada em sistema normativo diverso; iv) ou fruto de algo que não consubstancia a opção do Constituinte. Em nenhuma dessas opções se admite a prolação de argumento sólido com base no que se encontra previsto na Carta da República brasileira” (ALBERTO, 2016, p. 21).

<sup>10</sup> Nesse sentido, “se o Estado não é o autor do dano, em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado” (MELLO, 2013, p. 1.031).

que a omissão é também causa do dano, desde que analisada com base numa investigação apropriada, inversa à utilizada para aferir a causalidade entre condutas comissivas e dano(s), que considere a causa também em sua vertente normativa. É que uma das fases da análise causal passa pela aplicação da teoria *conditio sine qua non* (RAMOS; NATIVIDADE, 2017)<sup>11</sup>, por meio da qual se realiza a exclusão hipotética da conduta comissiva X para verificar se o resultado danoso Y ainda ocorreria. Se, excluída a conduta X, desaparecer o resultado Y, então há indícios de que X possivelmente é causa de Y, o que será apurado de modo aprofundado nas fases seguintes da averiguação. No caso da omissão, esse raciocínio deve operar de modo inverso. Como se está a falar de situações que não operaram faticamente, em vez de realizar a exclusão hipotética da conduta omissiva X, deve o operador imaginá-la hipoteticamente, como se tivesse ocorrido. Assim, se materializada a conduta X, desaparecer o resultado Y, então há indícios de que X possivelmente é causa de Y.

É evidente que não se está a falar que a omissão será necessariamente causa fática do dano<sup>12</sup>, pois não se pode ignorar o óbvio. É evidente que a causa direta e imediata do desabamento de uma moradia localizada em uma encosta, como no exemplo citado, é a chuva – um fato natural. Ocorre que, diante da existência de um dever de agir imposto ao Estado, cujo beneficiário é a sociedade, pode-se afirmar que, normativamente, a omissão estatal é causa jurídica do dano, pois havia um dever de impedir aquela situação (o desabamento) (BEDONE, 2011).<sup>13</sup> Também não se ignore que há situações em que a conduta omissiva estatal terá sido, efetivamente,

a causa fática do dano. Por exemplo: o Estado tem o dever constitucional de proceder, anualmente, à revisão do vencimento dos agentes públicos, por força do disposto no art. 37, X, da CRFB. Não o fazendo, incorre em omissão, que é causa direta de dano de natureza pecuniária (GABARDO, 2003, p. 280). O mesmo se passa quanto à prestação do serviço público relativo à educação, insculpido nos arts. 6º e 205, da CRFB: “a ausência da prestação do serviço por inexistência de vaga em escola pública constitui, por si só, a omissão causadora do dano” (HACHEM, 2014a, p. 298, tradução nossa).<sup>14</sup>

Por fim, a objeção (d) talvez seja a menos perceptível e, ainda assim, a mais relevante. Em tese, os direitos constitucionais devem ser plenamente assegurados, bem como promovidos, em sua máxima medida, especialmente aqueles que integrem o rol de direitos fundamentais, formal ou materialmente.<sup>15</sup> Diante disso, a defesa de teorias subjetivistas para a responsabilidade omissiva do Estado caminha, justamente, em sentido contrário a essa missão, por duas razões. Primeiro, porque admitir e exigir a prova da culpa para caracterizar a responsabilidade omissiva do Estado significa subverter a ótica protetiva prevista na Constituição, pois claras violações a direitos fundamentais não seriam reparadas, a menos que evidenciado e reconhecido o elemento subjetivo. Em outras palavras, as teorias que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de condutas omissivas e as que sustentam a responsabilidade objetiva para omissões

<sup>14</sup> Ver também Brunini (1981, p. 62).

<sup>15</sup> Sobre esta questão, é relevante esclarecer a possível associação entre responsabilidade civil do Estado e o conceito de mínimo existencial. O mínimo é um piso, não um teto máximo. Assim, é evidente que sua não observância pelo Estado impõe a responsabilização da Administração pela reparação. Afirmar, no entanto, que apenas a inobservância do mínimo, no âmbito dos direitos sociais, geraria responsabilidade é equivocado, pois há direitos sociais previstos além do mínimo. Ver, nesse sentido, Hachem (2013, 2014a); Sarlet e Zockun (2016); Bitencourt Neto (2010); Rodríguez-Arana Muñoz (2015).

<sup>11</sup> Ver também Frota (2013, p. 63).

<sup>12</sup> Sobre a distinção entre causalidade fática e causalidade jurídica, ver Wedy (2014).

<sup>13</sup> Sobre a temática, ver também Carvalho (2015); Coutinho (2014).

próprias/específicas, mas subjetiva para omissões impróprias/genéricas admitem a possibilidade de que danos decorrentes de violações a direitos fundamentais fiquem à míngua de reparação, em estado de irreparabilidade, ante a ausência de prova da culpa (ALBERTO, 2016, p. 12). Segundo, porque conferem tratamento diferente a violações de mesma natureza. Se uma conduta comissiva do Estado ofende o direito fundamental X e gera o dano Y, aplica-se a responsabilidade objetiva, dispensando-se prova de culpa pelo particular. No entanto, se uma conduta omissiva do Estado viola esse mesmo direito fundamental X e gera esse mesmo dano Y, exige-se prova da culpa. Não há sentido na distinção (ALBERTO, 2016, p. 12), pois nos dois casos se reconhece o mesmo dano e a ofensa ao mesmo direito, afastando-se a reparação tão somente pela eventual não comprovação do elemento subjetivo culpa.<sup>16</sup>

Tais considerações conduzem, evidentemente, à adesão à terceira corrente, que estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado em qualquer hipótese, independentemente de estar em questão uma conduta comissiva ou omissiva, posição que encontra amparo constitucional e é sustentada na doutrina (MEDAUAR, 2005, p. 450; BACELLAR FILHO, 2007, p. 241-244; HACHEM, 2014a). Dizer isso significa afastar a culpa como elemento de responsabilização, remanescendo ainda os seguintes: conduta, dano, dever de agir e nexos de causalidade. Mas essa corrente não é imune a críticas, e aqui serão abordadas três: (a) a responsabilidade objetiva por omissão tornaria o Estado um segurador universal para quaisquer danos alegados por particulares; (b) a fixação da responsabilidade objetiva para condutas omissivas teria impacto econômico

<sup>16</sup> Essa situação é sintomática de um fenômeno mais amplo, o da utilização dos direitos sociais como apelos retóricos, em tentativa de legitimação argumentativa que induz os destinatários à compreensão falseada do que realmente sucede (SAMPAIO, 2015).

sobre o comportamento legislativo, freando e desincentivando a edição de legislação em matéria de direitos sociais; e (c) o fundamento da responsabilidade objetiva seria o risco administrativo, o que deixaria fora de seu escopo atividades teoricamente sem riscos.

A afirmação de que o Estado se tornaria um segurador universal (a) não encontra guarida nos próprios meandros da doutrina objetivista. Como se disse, continua necessária a configuração dos demais pressupostos da responsabilidade civil. O dano deve ser antijurídico, certo, anormal e especial (MARTINS, 2010; BACELLAR FILHO, 2007, p. 236). A conduta, para caracterizar omissão juridicamente relevante, deve estar amparada pela violação a um dever de agir, que, por sua vez, decorre normalmente da lei ou da Constituição. Afora isso, a objetivação da responsabilidade estatal não se confunde com a teoria do risco integral, uma vez que a opção do constituinte foi responsabilizar a Administração por sua atividade administrativa. Tivesse optado o constituinte pela doutrina do risco integral, o argumento teria alguma pertinência, pois, se fixado o nexo entre dano e conduta, não seria admitida sua interrupção, nem a alegação de eventuais excludentes de responsabilização.<sup>17</sup> Como não é o caso, e o Estado bem pode utilizar tais defesas, não se sustenta o argumento de que a responsabilidade objetiva por condutas omissivas faria do Estado um segurador universal.

A segunda objeção (b) situa-se no plano econômico, pois diz respeito às consequências que a fixação da responsabilidade como objetiva teria sobre o comportamento legislativo. Seria possível imaginar que a remoção do filtro doutrinário/jurisprudencial “culpa” teria

<sup>17</sup> É o que ocorre, por exemplo, com a responsabilidade civil do Estado em razão de atividade nuclear. Ver art. 21, XXIII, *d*, da CRFB.

impacto sobre a edição de legislação atinente a direitos sociais, pois o legislador estaria formatando deveres de agir exigíveis do Estado, que, caso descumpridos, poderiam ensejar reparação e, conseqüentemente, desfalcar monetariamente o erário.<sup>18</sup> Por si, esse argumento é criticável por retratar uma conjectura e porque considera unicamente a esfera econômica, despida de juridicidade.<sup>19</sup> Se a CRFB prevê a responsabilidade como objetiva, então objetiva a responsabilidade há de ser. Foi o próprio legislador constituinte que fixou o enunciado normativo do qual decorre a norma fixando a responsabilização sem culpa. Não houvesse essa intenção, bastaria especificar que a hipótese do art. 37, § 6º, da CRFB, somente se aplica a condutas comissivas. Além disso, há vasta legislação infraconstitucional regulamentando direitos sociais – a título de exemplo, cite-se os direitos à saúde e à educação – e a própria CRFB os prevê e os esmiúça em algumas passagens, como em seu art. 230, § 2º, ao prever a gratuidade do transporte coletivo urbano para os maiores de sessenta e cinco anos.<sup>20</sup> Assim, mesmo prevendo certa inércia legislativa em decorrência de uma guinada jurisprudencial, o atual estado da arte legislativo, embora longe do ideal, não pode ser qualificado como absolutamente insuficiente em matéria de direitos sociais. Basta que as previsões da lei e da CRFB sejam realizadas, e aí a história é outra.<sup>21</sup>

Por fim, o ponto (c) – o fundamento da responsabilidade objetiva seria o risco administrativo, o que deixaria fora de seu escopo atividades teoricamente sem riscos – não representa propriamente uma objeção, mas uma das formas de fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado. Justificá-la com base na teoria do risco administrativo é condizente com as situações decorrentes de atividades administrativas que efetivamente envolvam riscos. No entanto, nem toda atividade estatal produz riscos. A ausência de uma escola pública em zona interiorana rural não é ríscosa,

---

<sup>18</sup> Aqui convém ressaltar que economia é um método de investigação, e não um objeto de estudo em si mesmo, a menos que se investigue o próprio método (GICO JUNIOR, 2014). Por isso, Robbins (1932, p. 16, tradução nossa) a qualifica como “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos”. Sobre o tema, ver também Université de Nancy II (2002); Acciarri (2014).

<sup>19</sup> Sobre a utilização de argumentação consequencialista em decisões judiciais, ver MacCormick (2006).

<sup>20</sup> “Não cabe a crítica no sentido de que isso converteria o Estado em um ‘segurador universal’. Afinal, não se está exigindo do Poder Público que ele proteja o cidadão contra toda e qualquer intempérie da vida, mantendo-o vivo, saudável e seguro cem por cento do tempo. O que se reclama é que o Estado cumpra com as decisões políticas tomadas pelos representantes do povo a respeito da alocação de recursos públicos. Quando se fala em pretensões jurídicas jusfundamentais que estão explícitas no texto constitucional, nas leis ou em atos administrativos normativos, já se saiu do plano da abstração. Nesse campo já houve deliberação democrática nos espaços políticos institucionais, de sorte que aquelas pretensões específicas claramente garantidas pelo ordenamento jurídico já representam a decisão que resultou do processo democrático” (HACHEM, 2014c, p. 552).

<sup>21</sup> Sobre a temática, ver Hachem (2014c, p. 12-61).

no sentido estrito da palavra. Mas a omissão do Estado implica (deveria implicar, melhor dizendo) sua responsabilização objetiva de igual maneira. Para esse tipo de situação, fundamento outro há de ser encontrado, e duas possibilidades não excludentes se apresentam: (i) a doutrina da repartição dos encargos públicos; e (ii) o regime jurídico especial da Administração, que concede prerrogativas especiais na mesma medida em que a obriga a sujeições diferenciadas.<sup>22</sup>

Em síntese, quanto à primeira possibilidade, se uma atividade administrativa realizada em benefício de todos ensejar danos a um particular, rompe-se a isonomia natural, que é restabelecida por meio da reparação individual. Pode-se compreender que o fundamento está na socialização dos riscos, com amparo constitucional, partindo-se da seguinte premissa: se a sociedade desfruta das vantagens decorrentes da atividade prestada pelo Estado, é também responsável pelos danos causados por essa mesma atividade (HACHEM, 2014b).<sup>23</sup> Sobre a segunda assertiva, “a responsabilização decorre da especialidade do regime jurídico imposto e, portanto, é perfeitamente justificável o seu caráter objetivo”, pois aos poderes e prerrogativas exorbitantes conferidas ao Poder público correspondem responsabilidades

<sup>22</sup> Ver Bacellar Filho (2006).

<sup>23</sup> Há, em contrapartida, críticas a essa doutrina: “após o Pós-guerra, essa doutrina passou, contudo, a sofrer graves críticas. Uma das mais contundentes e difundidas foi a de Charles EISENMANN, que critica a generalização do argumento pelo qual o fundamento da responsabilidade do Estado seria a equânime repartição de encargos em virtude do princípio da igualdade e da solidariedade social, que seria compatível apenas com os encargos específicos sofridos para satisfazer um interesse público exposto (ex., em razão de uma obra pública, a recusa de obedecer a uma ordem judicial por razões de ordem pública), não em razão de ilegalidades ou acidentes (ex., como alegar que a sociedade se beneficiou com uma tortura realizada pelos agentes estatais, que, naturalmente, deve acarretar a indenização da vítima). Apenas nos primeiros casos poderíamos dizer que a coletividade é beneficiária das atividades que ocasionaram danos necessários e conscientes a um particular específico, que, portanto, foi desigualmente onerado para propiciar este benefício” (ARAGÃO, 2004, p. 268-269).

de mesma medida (GABARDO, 2003, p. 261-262). Não há relação de exclusão entre esses fundamentos, mas verdadeira convergência, pois um tem como viés a sociedade (repartição dos encargos) e o outro, o Estado (regime jurídico diferenciado). Ambos se comunicam para justificar a objetivação da responsabilidade estatal mesmo quando a atividade exercida não criar riscos.

Diante de tais observações, tem-se que a responsabilidade estatal por condutas omissivas é objetiva, com fundamento diverso do risco administrativo, e exige, para sua configuração, a presença concomitante dos seguintes elementos: a) dano; b) conduta; c) dever de agir; e d) nexo de causalidade.

## 2 Da síntese fático-processual do RE nº 136.861

Em 9 de junho de 1985, ao redor de meio-dia, no bairro Butantã-Jardim Bonfiglioli, na cidade de São Paulo, uma violenta explosão em uma loja/fábrica de fogos de artifício, localizada nas dependências da garagem de um imóvel residencial, gerou danos ao quarteirão e aos residentes dos arredores, ocasionando a morte de pessoas, a danificação ou perda de bens imóveis e a destruição de bens móveis.

Em meados de 1986, cinco cidadãos ingressaram com ação indenizatória em face do município de São Paulo, alegando, em suma, que os danos sofridos (morais, decorrentes da morte de parentes, e materiais, com base na valoração dos bens danificados ou destruídos e nas despesas empreendidas em razão da explosão) teriam como causa a falha no exercício de fiscalização pelo poder público municipal, ao não impedir o comércio de material nocivo e perigoso em área residencial, e que a responsabilidade do Estado pelo não funcionamento de serviço público, na

hipótese, seria objetiva, estando caracterizados dano e nexo de causalidade.<sup>24</sup>

A municipalidade contestou o pleito inicial. Em preliminar, denunciou a lide ao proprietário do estabelecimento comercial (loja/fábrica de fogos), argumentando que somente ele seria responsável pelo acidente, por ter armazenado volume de pólvora muito acima do normal, ter instalado fábrica de fogos em local não permitido, ter comercializado artigos pirotécnicos sem autorização das autoridades competentes e ter agido dolosamente quando do pedido de licença de funcionamento, por informar local diverso. Denunciou a lide também à União, fundamentando que a fiscalização do comércio de material bélico – mormente pólvora e artigos pirotécnicos – seria atribuição do ente federal, com base no art. 8º, VII, da Constituição de 1967 (BRASIL, [1985]), e no Decreto Federal nº 55.649/1965 (BRASIL, [1983]).<sup>25</sup> No mérito, sustentou que o nexo de causalidade entre a omissão imprópria do município e o resultado danoso teria sido rompido; que, mesmo com eventual indeferimento da licença de localização e funcionamento, a explosão ainda teria ocorrido, pois sua causa seria a grande quantidade de pólvora armazenada, e não o local de instalação do estabelecimento; e que, no caso, não haveria imputação de culpa à municipalidade.

Sobreveio sentença que deu parcial procedência à ação. A improcedência dos pedidos se deu, unicamente, em relação à indenizabilidade de parte dos danos morais pleiteados na inicial

---

<sup>24</sup> Quando da propositura da ação, vigia ainda a Constituição anterior.

<sup>25</sup> Depois, em impugnação à contestação, os requerentes refutaram o fato, alegando: “conforme transcrito às fls. 9 da inicial, o sr. Perito Judicial respondendo especificamente sobre este quesito, [...] conclui: ‘A vistoria prévia será realizada impreterivelmente 24 horas após o protocolo do pedido [de licença de localização e funcionamento]. Ora, [...] solicitou o então dono da loja de fogos de artifício a vistoria prévia à ré em 25/03/85, ocasião em que pagou a respectiva taxa [...]. A explosão veio a ocorrer em 09/06/85, ou seja, dois meses e meio depois” (SÃO PAULO, 1988, p. 85-87).

por H. E. Decidiu o juízo que os elementos probatórios demonstraram que o ente municipal se omitiu em dois momentos. Primeiro, quando do requerimento da vistoria *in loco*, prevista na regulamentação do município, pois o agente público responsável teria extinguido o processo administrativo e deixado de realizá-la: “se os funcionários da ré tivessem [...] realizado a vistoria, possivelmente o acidente não teria ocorrido, uma vez que o pedido de licença jamais seria concedido” (SÃO PAULO, 1988, p. 165), por não satisfazer ao requisito legal (Lei nº 7.433/1970) (SÃO PAULO, 1970), especificamente a proibição de que lojas de fogos de artifício estejam localizadas a menos de cem metros de prédios residenciais. Segundo, porque o ente municipal não teria realizado ato de ofício – a fiscalização dos estabelecimentos da região, permitindo que a loja funcionasse sem a licença concedida pelo poder municipal.

Frente aos recursos de apelação interpostos pelos requerentes, pela municipalidade e pelo proprietário do estabelecimento, a quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu dar provimento ao apelo do município. Interpretou o colegiado que a licença não teria sido expedida pela Administração à época do acidente e que a loja estaria operando clandestinamente, isto é, sem autorização da Prefeitura e sem alvará expedido pela Polícia Civil.

Assim, no entendimento do Tribunal, somente teria havido falha do Estado se a licença tivesse sido concedida, o que não teria ocorrido; que a vistoria não teria sido realizada exclusivamente em razão da conduta dos donos da loja de fogos, que não teriam comprovado o pagamento da taxa de licença e funcionamento, razão que teria fundamentado a extinção do processo administrativo<sup>26</sup>; que, mesmo na

---

<sup>26</sup> Sobre situação próxima, relativa ao silêncio administrativo, ver Saddy e Teixeira (2016).

hipótese de ter sido concedida a licença, a fiscalização do estabelecimento não caberia à administração municipal, mas sim à Polícia Civil, consoante os enunciados dos arts. 10 e 11, do Decreto-lei nº 4.238/1942 (BRASIL, [1977]); que, diante de tais elementos, a sentença não teria logrado êxito em explicar a relação causal entre a suposta omissão no dever de fiscalizar e a explosão ocorrida e, assim, os danos sofridos pelas vítimas decorreriam de incúria dos proprietários da loja, mas não de falha da administração pública municipal.

Diante disso, os requerentes interpuseram RE argumentando que o acórdão contrariou a Constituição, essencialmente o art. 37, § 6º, da CRFB. O Tribunal de Justiça de São Paulo, com fundamento no art. 102, III, a, da CRFB<sup>27</sup>, admitiu o RE, que em 19 de abril de 1991 foi à conclusão do ministro relator. Anos após, em decisão datada de 17 de dezembro de 2009, o ministro Joaquim Barbosa deu provimento monocrático ao recurso para reformar o acórdão e condenar o município de São Paulo ao pagamento da indenização pleiteada, entendendo que a decisão recorrida se sustentaria em dois fundamentos: um, de que o proprietário da loja seria o único culpado pelo ocorrido, que seria excludente de responsabilidade civil; outro, de que a omissão da Administração teria sido irrelevante para a ocorrência do resultado, ou seja, não haveria liame causal estabelecido.

Quanto ao primeiro argumento, sustentou a decisão que não faria sentido excluir a responsabilidade do Estado em razão da clandestinidade do estabelecimento, pois, como os proprietários comunicaram à municipalidade que estavam exercendo atividade perigosa, o Estado teria o dever legal de fiscalizar o uso do solo urbano e o poder de polícia para fazê-lo, e que a constatação de eventual responsabilidade subjetiva do particular, *in casu*, dos proprietários do estabelecimento, uma vez que há possibilidade de sobreposição de responsabilidades, não teria o condão de afastar, necessariamente, a responsabilidade objetiva do Estado, o que somente ocorreria frente à inexistência de um dever legal de agir (dever geral de cuidado).

Quanto ao segundo fundamento, declarou que, embora caiba ao Exército fiscalizar o comércio de produtos controlados (art. 21, VI, da CRFB) com a cooperação das secretarias de segurança pública estaduais (art. 34, VI, do Decreto nº 3.665/2000 (BRASIL, 2000), que sucedeu ao Decreto nº 55.649/1965), no caso haveria a legislação municipal de São Paulo (art. 3º da Lei nº 7.433/1970), dispondo sobre a localização das lojas de fogos de artifício, legitimada pela competência do município para promover o adequado ordenamento territorial do solo urbano (art. 30, VIII, da CRFB).

---

<sup>27</sup> Registre-se que a ação originária fora proposta sob a égide da Constituição de 1967, mas no tramitar do feito sobreveio a Constituição de 1988, razão pela qual os argumentos esboçados mencionam ora uma ora outra Constituição. Isso é mais bem delineado no item 3.3.

Assim, embora formalmente proceda o argumento relativo à atribuição do dever de fiscalizar a ente diverso da municipalidade, fato é que o município atuara como se responsável fosse, pois a cobrança de taxa de fiscalização implica responsabilidade pela atividade que licencia. Além disso, eventual distribuição ou repartição de competências constitucionais não excluiria a responsabilidade do poder público, cabendo ao ente federativo eventualmente prejudicado ingressar com ação regressiva em face do ente federativo competente para a fiscalização.

Por fim, em raciocínio hipotético, se a administração tivesse agido, exercendo seu dever fiscalizador, poderia ter evitado a ocorrência do evento danoso, pois a observância da Lei Municipal nº 7.443/1970 asseguraria que a loja de fogos estaria situada, no mínimo, a cem metros de distância de imóveis residenciais, ou seja, a explosão até poderia ter ocorrido, mas não seria em rua de bairro predominantemente residencial. Estaria, portanto, configurado nexa causal entre a omissão da municipalidade e o resultado danoso.

Contra essa decisão, o município de São Paulo opôs agravo interno, a que foi dado provimento pela Segunda Turma do STF para fins de reconhecer a repercussão geral da matéria no Tema 366, “Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência”, cassar a decisão recorrida e afetar o julgamento do recurso ao Plenário. Seguiu-se, posteriormente, parecer ministerial favorável ao conhecimento parcial do RE e, neste ponto, por seu provimento. O julgamento do feito foi iniciado, mas por ora está suspenso em razão de pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

Os argumentos apresentados podem ser distribuídos em cinco categorias principais, para fins didáticos: (i) responsabilidade subjetiva do proprietário; (ii) especificação do dever de agir

do(s) ente(s) federativo(s); (iii) qualificação da conduta omissiva da municipalidade; (iv) causalidade; e (v) modalidade de responsabilização.

Na primeira categoria, de um lado, há o argumento de que a responsabilidade seria subjetiva do proprietário, sem cumulação da responsabilidade estatal, considerando que armazenou volume de pólvora acima do razoável, instalou a fábrica em local não permitido, operou estabelecimento sem autorização, informou endereço incorreto para a obtenção de licença e não realizou o pagamento da taxa de funcionamento. De outro, argumenta-se que a responsabilidade subjetiva do particular não afastaria a responsabilidade do Estado, uma vez que há possibilidade de sobreposição e porque a responsabilidade estatal seria objetiva (argumento enfrentado no ponto v), facultada a posterior ação regressiva.

Na segunda categoria, afirma-se, por uma parte, que a União seria responsável pela fiscalização do comércio de material bélico (pólvora e artigos pirotécnicos), com base no art. 8º, VII, da Constituição de 1967; no art. 21, VI, da CRFB; nos arts. 10 e 11 do Decreto-lei nº 4.238/1942; e no Decreto nº 55.649/1965, sucedido pelo Decreto nº 3.665/2000. Por outra, sustenta-se que, com base na competência prevista no art. 30, VIII, da CRFB, o município de São Paulo havia editado a Lei nº 7.433/1970 (art. 3º), dispondo sobre a localização de lojas de artigos pirotécnicos, e que o município, assim, teria atuado como se responsável fosse, especialmente por cobrar taxa de licenciamento do estabelecimento. Seria a municipalidade responsável, portanto, pelas atividades que licencia. Além disso, a repartição de competências constitucionais ou legais entre entes federativos não seria oponível aos particulares prejudicados, cabendo ao ente que se julgar lesado ingressar com ação regressiva contra o efetivo responsável.

Na terceira categoria, há a defesa de que não haveria omissão do município, pois a loja

estaria operando clandestinamente, sem autorização da prefeitura e sem alvará expedido pela Polícia Civil. Em sentido contrário, defende-se que haveria, sim, omissão, porque o proprietário teria comunicado ao município o desempenho de atividade perigosa e porque a administração teria o dever legal de fiscalizar *ex officio* o uso do solo urbano e o poder de polícia para tanto.

Na quarta categoria, sustenta-se que a causa da explosão seria a grande quantidade de pólvora armazenada, e não o local de instalação do estabelecimento. Assim, afirma-se que a explosão teria ocorrido mesmo com eventual indeferimento da licença de funcionamento, inexistindo nexo causal entre a conduta do município e o evento danoso. Em contrapartida, também é possível inferir que a causa do evento seria a não fiscalização da administração municipal, o que propiciou a instalação e funcionamento do comércio em área residencial e que, se o município tivesse exercido seu dever fiscalizatório, a loja estaria situada no mínimo a cem metros de qualquer zona residencial, e os danos não teriam ocorrido.

Na última categoria, por um lado, firma-se que a responsabilidade estatal por omissão seria subjetiva. Por isso, inexistiria responsabilidade, pois somente teria havido culpa do município se a licença tivesse sido concedida. Por outro lado, defende-se que a responsabilidade seria objetiva frente ao não funcionamento de serviço público.

### **3 Uma proposta de resolução do RE nº 136.861**

O exame dos argumentos categorizados no tópico 2 é pressuposto a sugerir uma proposta de resolução para o RE nº 136.861. Por isso, à luz das premissas elencadas no tópico 1, passa-se à análise dos elementos ensejadores da responsabilidade civil do Estado por omissão e das razões apresentadas em favor ou desfavor de sua configuração no caso concreto, com a observância da vedação sumular à rediscussão de matéria fático-probatória.

#### **3.1 Modalidade de responsabilidade estatal por condutas omissivas**

Previamente ao enquadramento normativo dos elementos fáticos consolidados no processo, cabe ao STF definir, à luz do art. 37, § 6º, da CRFB, qual modalidade de responsabilidade será aplicada nesse caso e, por consequência, qual orientação deverá ser seguida pelos demais órgãos judicantes, por se tratar de decisão proferida em RE com repercussão geral.

A posição (i) que defende unicamente a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de condutas omissivas tende a não ser adotada, já

que no RE nº 580.252/MS se firmou a tese da responsabilidade objetiva estatal para casos de omissão própria (ou específica), compreendendo-se que o Estado tem o dever de proteção dos detentos sob sua custódia em estabelecimentos carcerários. A dúvida residiria, portanto, na eleição da posição (ii), que diferencia a modalidade de responsabilização a depender do tipo de omissão, ou da posição (iii), que prega um regime único de responsabilização objetiva do Estado.

Parte relevante da doutrina, à qual se filia este estudo, entende que o STF deve adotar a corrente (iii), conforme fundamentos já explanados. Portanto, os elementos a serem examinados pela Corte seriam apenas (a) dano, (b) dever de agir, (c) conduta omissiva e (d) nexo de causalidade, que são utilizados como parâmetros nesta proposta de resolução. Não obstante, caso o STF venha a compreender que persiste o regime jurídico diferenciado de responsabilidade, a depender do tipo de omissão, haveria um passo a mais para se estabelecer se a hipótese é de omissão específica ou genérica, o que poderia implicar, por consequência, a presença do elemento culpa na avaliação, entendimento que não se coaduna com a CRFB.

### 3.2 Dano

No presente caso, a ocorrência de danos aos particulares que ingressaram com a ação é incontroversa, e ficou devidamente consignada no processo, embora parte da indenização pleiteada, especialmente danos morais em favor de um dos requerentes, seja matéria situada fora do escopo do RE, que foi admitido no que respeita ao tema constitucional. O elemento dano, portanto, ficou configurado. Estivesse ausente, não haveria que se prosseguir com a análise.<sup>28</sup> Apenas para fins complementares, é relevante mencionar que, para ser passível de reparação, o dano deve ser antijurídico (afeta a esfera de incolumidade do administrado que não tem o dever de suportá-lo), certo (não se tutela o dano hipotético), anormal (supera limites razoáveis de suportabilidade) e especial (não é direcionado a todos em geral, mas a um particular ou grupo de particulares) (BACELLAR FILHO, 2007). Ou, num conceito mais genérico, deve consistir na lesão a um interesse jurídico tutelado.<sup>29</sup> Contudo, não convém ingressar na discussão acerca da conceituação do dano, que é terreno de férteis discussões, especialmente no Direito Civil.

---

<sup>28</sup> Não se ignore o fato de que há uma tendência de se pensar em responsabilidade civil também sob o viés preventivo, adentrando a precaução e a prevenção. Sobre essa tendência, ver Faria (2017a, 2017b).

<sup>29</sup> Convém aqui observar que, quanto maior for o leque de bens tutelados, maior será a incidência da responsabilização civil estatal. Sobre o fenômeno da constituição de novos direitos e garantias nas Constituições, ver Cassagne (2016).

### 3.3 Especificação do dever de agir

Aqui, adquire relevância a definição do dever de agir à luz da categoria de argumentos discriminada no tópico 2: responsabilidade pela fiscalização do comércio de material bélico (pólvora e artigos pirotécnicos).

A título de ressalva, é importante registrar que a ação originária fora proposta sob a égide da Constituição de 1967 e, durante a marcha processual, sobreveio em 1988 a CRFB, razão pela qual os argumentos esboçados mencionam ora uma ora outra Constituição. Isso, no entanto, não desacredita a argumentação, especialmente porque, quanto à matéria de fundo – “responsabilidade civil do Estado” e “competência da União” –, há certa compatibilidade entre os enunciados dessas duas Constituições, apesar de diferenças sistêmicas abissais no todo. Além disso, como pressuposto, é sabido que a CRFB inaugura um novo Estado e uma nova ordem jurídica, de imediata aplicação. Nesse sentido, a norma constitucional superveniente prolata efeitos mesmo sob situações jurídicas constituídas antes de sua vigência, a menos que haja regra excepcionando sua incidência na própria Constituição. É a chamada retroatividade das normas constitucionais.<sup>30</sup>

A par disso, a questão cinge-se ao exame dos enunciados normativos federais (art. 8º, VII, da Constituição de 1967; arts. 21, VI, e 30, VII, da CRFB; arts. 10 e 11, do Decreto-lei nº 4.238/1942, e o Decreto nº 55.649/1965) e municipais (art. 3º da Lei Municipal nº 7.433/1970) envolvidos no processo, para constatar se existe (ou não) um dever de agir estatal na hipótese e, se sim, a qual ente federativo ele compete.

O art. 8º, VII, da Constituição de 1967, e o art. 21, VI, da CRFB retratam normas de competência. O art. 8º atribui à União a organização

e manutenção da polícia federal. O art. 21, por seu turno, atribui-lhe o poder-dever de autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico. Não se extrai diretamente da CRFB qual seria o conceito e abrangência semântica do vocábulo “material bélico”, razão pela qual se lança mão da legislação infraconstitucional de regência, especificamente do Decreto nº 55.649/1965, vigente à época da ocorrência dos fatos (1985). Esse Decreto, em seu art. 1º, logo define: “este regulamento tem por objetivo fixar as normas para a fiscalização da fabricação, [...] armazenamento, comércio e tráfego de armas, munições, petrechos, artigos pirotécnicos, pólvora, explosivos e seus elementos e acessórios” (BRASIL, [1983]). Portanto, o conceito de material bélico insculpido no art. 21 da CRFB abrange a produção, o armazenamento e o comércio de artigos pirotécnicos. Deduz-se, pois, que o dever jurídico estatal de fiscalizar o comércio de artigos pirotécnicos, por força de norma constitucional, compete à União.<sup>31</sup>

Não se descuide de mencionar, também, o Decreto-lei nº 4.238/1942, que, ao dispor sobre “a fabricação, o comércio e o uso de artigos pirotécnicos” (BRASIL, [1977]), estabelece, em seus arts. 10 e 11<sup>32</sup>, que incumbe à autoridade policial competente a concessão de licença e consequente fiscalização da comercialização de tais artigos. O decreto indica que os chefes de

<sup>31</sup> Nesse sentido, “a expressão material bélico, *lato sensu*, como empregada na CRFB, designa todo e qualquer tipo de objeto ou instrumento (metralhadora, canhão, revólver, dinamite, bomba, granada), aparelho (avião), carros blindados, navios, submarinos, utilizados pelas forças armadas quando em conflito externo ou na manutenção da ordem interna. [...] A Lei fala também em fiscalização e esta se insere no poder de Polícia do Estado. Só a União é competente para autorizar a produção e o comércio de material bélico” (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 1.357).

<sup>32</sup> “Art. 10. Nenhuma casa comercial ou particular poderá expor à venda, a varejo ou por atacado, os produtos constantes do presente decreto-lei, sem licença prévia da autoridade policial competente, de acordo com instruções que serão baixadas pelos chefes das Polícias do Distrito Federal e dos Estados; [...] Art. 11. Compete a fiscalização deste decreto-lei às autoridades policiais” (BRASIL, [1977]).

<sup>30</sup> Ver Tavares (2006).

polícia estaduais e do Distrito Federal são responsáveis pela edição de instruções relativas ao tema. Consequentemente, é possível interpretar que, embora constitucionalmente caiba à União o controle e a fiscalização de artigos pirotécnicos, demanda-se a cooperação dos Estados por meio das Secretarias de Segurança Pública estaduais. Ainda que esse decreto seja anterior às Constituições de 1967 e 1988, bem como ao Decreto nº 55.649/1965, não há incompatibilidade que demande a extirpação de normas da lei anterior.

Até o presente, veja-se que há referência à União e aos Estados. Mas em que pé fica o município, ocupante do polo passivo na demanda? Consoante definido no art. 30 da CRFB, compete ao município “legislar sobre assuntos de interesse local” (inc. I) e “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (inc. VIII) (BRASIL, [2017a]). Nesse sentido, a Lei Municipal nº 7.433/1970 dispõe sobre “localização e funcionamento de estabelecimento que comercie com fogos de estampido ou de artifício” (SÃO PAULO, 1970), e define que o funcionamento de comércio de artigos pirotécnicos na cidade de São Paulo sujeita-se à licença prévia de instalação, expedida pelo órgão municipal competente; que a concessão da licença depende de vistoria prévia; que a licença não será concedida se desrespeitadas condições específicas de localização, uma delas a distância mínima de cem metros de área residencial; e que há sanção administrativa de multa para as infrações à lei.

A legislação municipal, no caso, por questões de competência, não poderia divergir da legislação federal regulamentando a temática.<sup>33</sup> Observe-se que não há conflito entre a legislação federal e a municipal, e o município não está a fugir de sua esfera de competências constitucionais. Situação diferente seria, por exemplo, se o município tivesse proibido o comércio de artigos pirotécnicos na cidade de São Paulo, pois aí haveria situação análoga àquela descrita no Recurso em Mandado de Segurança nº 5.751 (BRASIL, 1995), a cargo do Superior Tribunal de Justiça.<sup>34</sup> Na hipótese, o município apenas definiu os lugares onde estabelecimentos de artigos pirotécnicos devem situar-se, para assegurar a preservação da saúde e segurança da população, mas não invadiu a esfera de competência da União. Quanto à localização dos citados comércios na cidade de São Paulo, caberia mesmo ao município dispor e, igualmente, fiscalizar, porque

---

<sup>33</sup> Além das questões suscetíveis na hipótese, também o art. 256, § 1º, do Decreto-lei nº 55.649 era explícito: “§ 1º As legislações policiais e das prefeituras não poderão divergir da presente regulamentação, de vez que cabe à União legislar sobre o assunto” (BRASIL, [1983]).

<sup>34</sup> Naquela hipótese, o prefeito do Rio de Janeiro havia expedido o Decreto nº 12.840/1994, proibindo a venda de armas de fogo no território municipal, o que colidia diretamente com a legislação federal, que a permitia.

editou legislação assumindo para si atividade licenciadora e cobrava taxa de fiscalização.

A cobrança de taxa adquire sensível relevância, uma vez que, conceitualmente, taxa é um tipo de tributo que consiste numa contrapartida à prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis ou ao exercício do poder de polícia, conforme art. 145, II, da CRFB. Diante disso, *in casu*, por força da cobrança de taxa de fiscalização específica, caberia ao município de São Paulo, nos limites de suas atribuições locais, constantes da Lei Municipal nº 7.433/1970, exercer poder de polícia<sup>35</sup>, considerando que há uma limitação a um direito individual de livre iniciativa (o comércio não pode situar-se em qualquer local, mas no mínimo a cem metros de zona residencial), licenciamento da atividade, consequente e necessária fiscalização para observância dos limites/comandos impostos e eventuais sanções em caso de descumprimento. Dito isso, embora houvesse um dever de agir atribuído à União, também havia um dever de agir atribuível ao município de São Paulo, de fiscalizar a comercialização de artigos pirotécnicos nos limites previstos na lei local.

Seria possível adentrar questões fáticas, como verificar se a taxa de licenciamento e funcionamento havia sido efetivamente paga pelo proprietário, ou se teria havido comunicação de informações inverídicas para obtenção da licença, entre outras. Mas, além de ser vedado o reexame fático-probatório em RE, tais ques-

---

<sup>35</sup> “[P]ode-se dizer que o poder de polícia consiste em: o comando/ordem de polícia, definindo o limite ou a condição para o exercício de uma liberdade ou de um direito individual, em prol do atendimento ou do não distúrbio do interesse geral; o consentimento de polícia, por provocação ao particular, requisitando uma licença, autorização, permissão ou concessão; fiscalização de polícia, pela qual a Administração, sem necessidade de provocação, verifica a observância dos limites impostos no comando/ordem ou no consentimento de polícia; e por fim, se necessária, a sanção de polícia, que depois do devido processo legal, é aplicada nos casos de violação aos limites impostos” (SADDY, 2012, p. 262).

tões são também desnecessárias ao deslinde da causa, pois, conforme já se delineou, adota-se a doutrina da repartição dos encargos públicos como fundamento da responsabilidade civil. Por isso, a administração municipal deveria exercer a fiscalização dos comércios de artigos pirotécnicos em São Paulo, indistintamente, já que essa atividade era e é custeada por taxa municipal, o que pressupõe, por conseguinte, o exercício do poder de polícia em seu viés fiscalizatório dentro das atribuições locais.

O fato de o proprietário do estabelecimento, no caso, ter ou não efetuado o pagamento da taxa é irrelevante, pois o poder de polícia fiscalizatório haveria de ser efetuado mesmo assim. Reforçando essa posição, veja-se que a própria Lei nº 7.433/1970 estabeleceu sanção administrativa para as hipóteses de descumprimento de suas disposições. Ora, qual seria o sentido da sanção caso inexistisse fiscalização? De outra feita, se o município tinha a faculdade de limitar uma liberdade individual, há de ser responsabilizado, em contrapartida, quando não fiscaliza limitação por ele mesmo imposta, pois de suas prerrogativas especiais irradiam responsabilidades também diferenciadas.

A par dessas considerações, afigura-se presente dever de agir, bem como hipótese de concorrência de responsabilidades, entre União e município. Reconhece-se, no entanto, que eventual repartição de competências não é oponível ao particular, cabendo a discussão em eventual ação regressiva.

### 3.4 Qualificação da conduta omissiva

A omissão juridicamente qualificada se aperfeiçoa em dois momentos, um material e outro formal.<sup>36</sup> O primeiro opera no mundo fático e

---

<sup>36</sup> “A doutrina espanhola costuma afirmar que, para se configurar uma inação juridicamente relevante, são neces-

consiste numa situação de inércia no plano real. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que o Estado foi inerte ao não fornecer alimentação para crianças de classe média alta em uma escola particular. A afirmação até pode ser verídica, mas somente adquire relevância para o direito se o segundo momento também operar. Aqui se insere o dever de agir qualificado no item 3.3, ou seja, somente há omissão juridicamente relevante se for imputado ao Estado um dever de agir. No exemplo acima, é evidente que não há omissão qualificada, pois não há o referido dever de agir. Situação diferente ocorreria, no entanto, se a administração competente deixasse de fornecer merenda em uma escola pública de período integral.

No caso em tela, conforme descrito no tópico 2, não houve exercício de fiscalização pelo município, embora houvesse um dever de agir imputável à municipalidade. Por dedução, encontra-se presente uma omissão juridicamente relevante e deve-se prosseguir ao passo seguinte.

### 3.5 Causalidade

A constatação de uma omissão juridicamente relevante e a verificação de danos acometidos aos particulares, por si sós, são ainda elementos insuficientes para a caracterização da responsabilidade civil do Estado. É necessário, além disso, que esses dois elementos se encontrem conectados por um liame causal, que, no caso, está presente.

sários dois elementos: (i) um material – a constatação, no mundo dos fatos, de uma situação de passividade ou inércia da Administração; e (ii) um formal – a infração de um dever legal ou constitucional de agir, que torna antijurídica a omissão material. Se não há dever legal ou constitucional de agir (elemento formal), não há omissão e por consequência não há responsabilidade. Isso ocorre não porque a conduta omissiva não possam surgir efeitos jurídicos de forma direta, mas porque nesse caso a inação é irrelevante sob o ponto de vista do Direito” (HACHEM, 2014b, p. 18).

A conduta omissiva da Administração municipal – não fiscalização da comercialização de artigos pirotécnicos em São Paulo – resiste à aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, pois, se realizada a ação imputada pelo dever de agir – fiscalizar os estabelecimentos que comercializem artigos pirotécnicos –, o acidente e, por consequência, o evento danoso, não teriam ocorrido; ao menos, não da forma que ocorreram. É que o evento se deu ao lado de uma residência, quando a norma do município previa distância mínima de cem metros em relação a zonas residenciais. Estivesse o comércio situado em local regular, afastado de moradias, em conformidade à legislação municipal, até poderia ter havido explosão, mas os danos acometidos aos moradores não teriam se materializado. O exercício eficiente do poder de polícia teria, assim, operado para evitar o resultado.<sup>37</sup>

Há ainda um segundo aspecto a ser registrado. A conduta do Estado somente poderia ser causa se houvesse um dever prévio de impedir o resultado, pois, do contrário, subverter-se-ia a lógica reparatória da responsabilidade civil em um sistema segurador universal.<sup>38</sup> Consequentemente, na hipótese, até pode ser que o armazenamento de pólvora em quantidade elevada seja causa fática do evento danoso, mas,

<sup>37</sup> A concretização da causalidade, no âmbito atual da responsabilidade civil do Estado, é indesejável, pois retrata a ocorrência do dano. Nesse sentido, idealisticamente, não se adota medidas de prevenção e precaução para evitar resultados danosos, desde que efetuada prévia ponderação entre os bens constitucionais igualmente tutelados. Nesse sentido: “o princípio da precaução deve ser aplicado, como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública, sempre com a observância do princípio da proporcionalidade e dos seus vetores da vedação de excesso e de inoperância. A ponderação de valores deve ser realizada quando, na aplicação do princípio, estiverem em conflito bens constitucionalmente protegidos” (WEDY, 2014, p. 209).

<sup>38</sup> Para evitar tal situação, de um lado há quem defenda a reserva do possível – ou a chamada possibilidade material de agir – como espécie de excludente de responsabilidade civil (FREITAS, 2006). De outra parte, há igualmente a refutação a tal argumentação, premissas às quais este estudo adere (PEREIRA, 2009, p. 70-83).

frente à existência de um dever de agir, a conduta omissiva da municipalidade é causa jurídica/normativa do dano, pois havia um dever jurídico, reconhecido em norma editada pelo município. Nesse sentido, objetivamente deve o município responder pelo dano frente aos lesados, pois está presente nexo de causalidade entre a omissão e o resultado danoso, bem como os demais elementos que ensejam a responsabilização civil do Estado, com a consequente reparação dos particulares.

Contudo, é facultado ao município ingressar com ação regressiva em face do proprietário do estabelecimento, caso entenda presentes elementos que caracterizem sua culpa, conforme parte final do art. 37, § 6º, da CRFB. Por isso, a inquirição relativa à responsabilidade subjetiva do proprietário, com análise dos fatos imputados ao dono do estabelecimento (armazenamento de pólvora em volume inapropriado, instalação do comércio em local não permitido, funcionamento sem autorização das autoridades competentes, comunicação de informações indevidas e não pagamento da taxa de fiscalização, por exemplo), haverá de ser realizada neste outro momento, o da ação de regresso.

## **Conclusão**

Não convém reprimir as premissas e conclusões parciais alinhavadas ao longo do artigo, mas sim direcionar a proposta de resolução empreendida no tópico anterior. Nesse sentido, quanto ao caso concreto, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deve ser reformado pelo STF para responsabilizar o município de São Paulo e conceder a reparação pleiteada na ação originária. A decisão da Corte, além disso, também deve definir a tese referente ao Tema 366, contemplando a universalização da situação narrada no processo, para aplicação uniforme no Judiciário. Por isso, conforme construção teórica realizada neste estudo, deve o Supremo definir que, sendo dever do Estado o exercício do poder de polícia em decorrência da cobrança de taxa de fiscalização, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da CRFB, a reparação dos danos causados em razão de omissão no cumprimento da correspondente fiscalização.

Trata-se de uma aguardada guinada à objetivação, pois, ao prever a responsabilidade civil objetiva do Estado para condutas omissivas, o que a CRFB faz é assegurar aos prejudicados a reparação do dano, seja frente ao Estado, seja frente ao particular responsável. Eleva-se a atenção dispensada à vítima e a seu sofrimento, uma vez que, do contrário, seria ela duplamente penalizada: uma primeira vez ao sofrer o dano, e outra ao ficar à míngua de reparação. O STF deve ater-se a esse direcionamento,

que gira o sistema reparatório sobre seus próprios eixos para focalizar a pessoa, e não o Estado, como seu elemento de referência.<sup>39</sup>

## Sobre o autor

João Pedro Kostin Felipe de Natividade é mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; sócio no escritório Natividade Sociedade de Advogados, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: joaopedro@natividade.adv.br

## Como citar este artigo

(ABNT)

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 123-147, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p123](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p123)

(APA)

Natividade, J. P. K. F. de (2019). A resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 123-147. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p123](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p123)

## Referências

ACCIARRI, Hugo A. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. A responsabilidade civil exclusivamente objetiva da administração pública: uma abordagem sintática e semântica. *L&C*, Brasília, DF, v. 1, p. 6-21, 2016.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Prólogo de George H. von Wright. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (El Derecho y la Justicia, v. 24).

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 263-273, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45021/44993>. Acesso em: 10 jun. 2019.

---

<sup>39</sup> Sobre a posição do administrado no Direito Administrativo atual, ver Delpiazzo (2014). Sobre os novos papéis, as tendências, os traços e a constitucionalização do Direito Administrativo, ver Correia (2016); Bitencourt Neto (2017); Ohlweiler (2013).

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil da administração pública: aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 293-336.

BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 245-281, jul./set. 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. Transformações do Estado e a administração pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 7 jun. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm). Acesso em: 6 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 4.238, de 8 de abril de 1942*. Dispõe sobre a fabricação, o comércio e o uso de artigos pirotécnicos e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1977]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del4238.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4238.htm). Acesso em: 7 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000*. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Brasília, DF: Presidência da República, 2000. [Revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3665.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm). Acesso em: 7 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 55.649, de 28 de janeiro de 1965*. Dá nova redação ao Regulamento aprovado pelo Decreto nº 1.246, de 11 de dezembro de 1936. Brasília, DF: Presidência da República, [1983]. [Revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D55649.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D55649.htm). Acesso em: 7 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 5.751-8/RJ*. Processual civil. Embargos de declaração. Ausência de pressupostos. Rejeição. Os embargos de declaração têm os contornos delimitados em lei (C.P.C, art. 535), não se prestando ao re julgamento da causa. Autoridade coatora é aquela que edita o ato administrativo impugnado [...]. Embargante: Município do Rio de Janeiro. Embargado: Guns e Security Comércio de Armas Ltda. Relator: Min. Demócrito Reinaldo, 16 de outubro de 1995. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500236524&dt\\_publicacao=06-11-1995&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500236524&dt_publicacao=06-11-1995&cod_tipo_documento=). Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 633.138/DF*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Danos morais. Professor. Sala de aula. Alunos. Advertência. Ameaças verbais. Agressão moral e física. Responsabilidade objetiva do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal [...]. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Maria de Fátima Ribeiro. Relator: Min. Luiz Fux, 4 de setembro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2799406>. Acesso em: 6 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 136.861/SP*. Recorrente: Hatiro Eguti e outros. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.aspx?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+136861%2ENUME%2E%29+>

NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/crcasdh. Acesso em: 6 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 580.252/MS*. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários [...]. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 16 de fevereiro de 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 6 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 6 jun. 2019.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. (Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo, v. 5).

CARVALHO, Délton Winter de. Responsabilidade civil do Estado por desastres naturais: critérios para configuração da omissão estatal face ao não cumprimento de deveres de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 137-168, jan./mar. 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/45110/27536>. Acesso em: 6 jun. 2019.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/42/517>. Acesso em: 7 jun. 2019.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Da concretização do direito de proteção contra desastres, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 211-217, jul./set. 2014. DOI: 10.4013/rechtd.2014.62.09. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.09/4306>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. (Biblioteca Jurídica, v. 3).

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual derecho administrativo: impactos del Estado constitucional de derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40514/26563>. Acesso em: 7 jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do Estado Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 117-136, 2017a. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/134460>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 17, n. 69, p. 211-241, jul./set. 2017b. DOI: 10.21056/aec.v17i69.833. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/833/683>. Acesso em: 10 jun. 2019.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31777/R%20-%20T%20-%20PABLO%20MALHEIROS%20DA%20CUNHA%20FROTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2019.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 240-292.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (org.). *Direito público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-298.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-33.

HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 59-71, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/518/473>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328, 2014a. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art07.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao professor Jorge Luis Salomoni*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 38, p. 1-28, abr./jun. 2014b.

\_\_\_\_\_. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014c. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 jun. 2019.

HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 109-129, jan./jun. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100005>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a05.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e Direito).

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos causal e imputação objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 361-390.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*: [de acordo com a Lei 11.079/2004 (parceria público privada)]. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

OHLWEILER, Leonel Pires. Os princípios constitucionais da administração pública e o mundo prático no direito administrativo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 150-168, jul./dez. 2013. DOI: 10.4013/rechtd.2013.52.07. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.07/3935>. Acesso em: 10 jun. 2019.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre o constitucionalismo e democracia*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18234/Dissertacao%20DEPOSITO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2019.

RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: *quid est et quo vadat?* *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, p. 1-20, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/Ramos-e-Natividade-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and the significance of economic science*. 2nd ed. London: Macmillan and Co., 1932. Disponível em: [https://mises-media.s3.amazonaws.com/Essay%20on%20the%20Nature%20and%20Significance%20of%20Economic%20Science\\_2.pdf](https://mises-media.s3.amazonaws.com/Essay%20on%20the%20Nature%20and%20Significance%20of%20Economic%20Science_2.pdf). Acesso em: 7 jun. 2019.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44510/27053>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SADDY, André. Taxa de polícia para registrar, acompanhar e fiscalizar atividades minerárias. *Boletim de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 258-272, mar. 2012.

SADDY, André; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade por inatividade da administração pública: um estudo específico do silêncio administrativo. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 109-133, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.263. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/263/626>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais como trufas da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 226-234, set./dez. 2015. DOI: 10.4013/rechtd.2015.73.02. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.02/5018>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SÃO PAULO (Município). Fazenda Pública (4. Vara). *Ação Cível nº 1.438*. Autor: H. E.; G. T.; A. G.; K. M. Réu: Município de São Paulo. Relator: Juiz Anísio Ferreira Barbosa, 2 de março de 1988.

\_\_\_\_\_. (Município). Lei nº 7.433, de 1º de abril de 1970. Dispõe sobre localização e funcionamento de estabelecimento que comercie com fogos de estampido ou de artifício, e dá outras providências. São Paulo: Gabinete do Prefeito, 1970. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-7433-de-1-de-abril-de-1970/consolidado>. Acesso em: 7 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594/28767>. Acesso em: 7 jun. 2019.

SCHUTA, Andréia. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 75-122, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/694/483>. Acesso em: 10 jun. 2019.

TAVARES, Marcelo Leonardo. A irretroatividade das normas. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 65-96, 2006. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista34/revista34\\_65.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista34/revista34_65.pdf). Acesso em: 10 jun. 2019.

UNIVERSITÉ DE NANCY II. Centre de Recherches et de Documentation Économiques. *L'analyse économique du droit dans le pays de droit civil: actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Économiques de l'Université de Nancy 2 les 28 et 29 juin 2000*. Sous a direction de Bruno Deffains. Paris: Cujas, 2002.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução e a interrupção do nexó de causalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 199-210, 2014. DOI: 10.4013/rechtd.2014.62.08. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.08/4305>. Acesso em: 10 jun. 2019.



# A implantação da TV digital no Brasil

## Governança colaborativa como vetor de eficácia

VÂNIA LÚCIA RIBEIRO VIEIRA

ELISA VIEIRA LEONEL

MÁRCIO IÓRIO ARANHA

**Resumo:** O propósito deste trabalho é avaliar o caso da implantação da TV digital no Brasil, com o intuito de verificar quais foram os vetores de eficácia do processo. Como parâmetros de análise, a pesquisa utilizou-se de teorias de governança colaborativa de políticas públicas. Valendo-se delas, foram avaliados o processo de migração da TV analógica para a TV digital e o desenho regulatório e institucional adotados. A principal conclusão é que, embora a política pública analisada envolva múltiplos setores, que interconectam atores variados, estatais e não estatais, com interesses diversos e conflitantes, o processo tem avançado sem maiores intercorrências, graças à governança colaborativa e em rede instituída e à modelagem regulatória descentralizada e responsiva implantada. O desenho adotado foi determinante para a eficácia do processo, garantindo a convergência dos interesses públicos e privados envolvidos.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Governança colaborativa. Governança em rede. TV digital.

### The implantation of digital TV in Brazil: collaborative governance as an effective vector

**Abstract:** This paper presents and discusses the main aspects on the implementation of digital TV in Brazil, by way of tackling what factors most contributed to a successful outcome. The research was based on theories of collaborative governance of public policies and theories of decentralized and responsive regulation, through which lenses the transition from analogic to digital TV and its regulatory and institutional framework were evaluated. The main conclusion is that although the public policy analyzed involves several sectors, which interconnect various actors, both state and non-state, with diverse and conflicting interests, digital TV in Brazil has been implemented without major interurrences, thanks to the

Recebido em 12/4/19

Aprovado em 5/7/19

collaborative-networked governance established and to the decentralized and responsive regulatory parameters adopted. The framework adopted in Brazil was successful in promoting the regulated self-regulation and in ensuring the convergence of the public and private interests involved.

**Keywords:** Public policy. Collaborative governance. Network governance. Digital TV.

## 1 Introdução

A implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre (SBTVD-T) teve início em junho de 2006, quando, com a edição do Decreto nº 5.820/2006 (BRASIL, [2016a]), que estabelece as diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, o governo brasileiro definiu o padrão de TV digital a ser adotado em todo o território nacional.

Debates em torno da matéria foram intensos e havia pressão pela adoção de padrões tecnológicos já utilizados em outros países. Definida a opção tecnológica pelo padrão nipo-brasileiro, apenas a primeira etapa do longo e complexo processo fora vencida. A implantação da TV digital era um desafio já delineado. Países que antecederam o Brasil nesse processo já demonstravam que não seria um caminho simples. Muitos passaram por sucessivos adiamentos do desligamento do sinal analógico por falta de disponibilidade, nos domicílios, de equipamento conversor que garantisse o acesso aos canais digitais. Desligar o sinal analógico seria deixar sem acesso à TV aberta uma boa parte da população.

No Brasil, esse aspecto preocupou sobremaneira diversos atores que eram parte do processo. A TV aberta no Brasil tem papel significativo e está presente em cerca de 98% dos lares brasileiros. Era ainda motivo de preocupação a capacidade econômica da população para aquisição de novos equipamentos e conversores, de modo que o desligamento da TV analógica poderia deixar sem sinal aqueles que tinham na TV aberta senão a única, mas, certamente, a principal forma de acesso à informação e à comunicação.

Diante desse cenário, a questão era como desenvolver um processo que fosse capaz de massificar o acesso a equipamentos – televisores e conversores – aptos ao sinal da TV digital nos domicílios brasileiros. A experiência anterior de países desenvolvidos demonstrava que o desafio

não era só de renda: mesmo em países com renda média elevada, não se conseguia atingir densidade alta de conversores e televisores que assegurassem que a radiodifusão aberta continuaria sendo vista pela maioria da população. Diversos países tiveram que adiar sucessivas vezes o fim da TV analógica em virtude disso. Essa questão no Brasil contava com um elemento adicional: havia preocupação não somente com a inércia de uma boa parte da classe média e alta em providenciar a mudança de equipamentos, como, em especial, tinha-se atenção à parcela da população brasileira de menor renda, para a qual o acesso à TV digital poderia ser inviabilizado pelo custo de um conversor de TV. Apesar dos significativos esforços para desonerar o equipamento e tornar sua tecnologia mais barata, de fato ele era ainda inviável para uma vasta parcela da população.

Nesse sentido, o presente artigo tem o propósito de discutir o processo de migração da TV analógica para a TV digital no Brasil, processo que, embora não esteja concluído, já dispõe de elementos suficientes para se demonstrar que tem sido bem-sucedido. Objetiva-se proceder a uma análise à luz da teoria de governança colaborativa de políticas públicas, a fim de verificar de que forma o desenho regulatório adotado pelo Brasil para o desligamento da TV analógica no País e a implantação da TV digital tem contribuído para o êxito do processo.

A importância do tema está centrada no fato de a implantação da TV digital envolver múltiplos atores, com interesses por vezes bastante diversos e conflitantes. Ainda assim, o processo tem avançado sem maiores intercorrências. Parte-se da hipótese de que o desenho regulatório e institucional adotado no Brasil é parte fundamental da explicação sobre seu desenrolar. As informações utilizadas para o estudo de caso apresentado neste artigo foram coletadas por meio de análise documental, informações

divulgadas pela mídia e conhecimento prévio dos autores sobre o processo.

## 2 Governança regulatória colaborativa

O debate sobre governança de políticas públicas e governança regulatória é um dos mais importantes travados atualmente no âmbito do Direito e da Gestão Pública. Uma vez definidos os fatos sociais e econômicos relevantes a demandar a regulação e a conformação estatal, é necessário traçar o desenho regulatório, ou seja, a modelagem a ser utilizada a fim de induzir a adoção de determinados comportamentos e assegurar a efetividade da norma, garantindo, em última análise, a consecução dos objetivos regulatórios.

Embora o processo de elaboração de regras regulatórias esteja mais diretamente conectado às agências reguladoras, pois são elas que em geral produzem tais regras na esteira da teoria administrativista do século XX (ARANHA, 2018), a regulação também pode ser exercida por atores não estatais. Nesse sentido, Levi-Faur (2010, p. 9) define regulação como a “promulgação de regras prescritivas, bem como o monitoramento e a imposição dessas regras por atores sociais, empresariais e políticos em relação a outros atores sociais, empresariais e políticos em diversas atividades”.

Observe-se que essa abordagem que associa a regulação à atuação de agentes não estatais tem ganhado significativo destaque nos últimos anos. Desde a década de 1970 até a crise econômica de 2008, diante da dificuldade do Estado de regular eficientemente as novas e mutantes situações sociais, o mundo viveu um período marcado pela desregulamentação, com o fortalecimento do processo de autorregulação dos agentes econômicos. Entretanto, após escândalos

financeiros e de corrupção envolvendo grandes corporações, em especial na crise financeira de 2008, os efeitos nocivos da autorregulação desmesurada fizeram ressurgir o debate sobre a necessidade de se retomar e de se repensar a regulação.

Essa análise é desenvolvida, em especial, pelas teorias da “nova governança” (GUNNINGHAM, 2009; BEVIR, 2011) e do “novo Estado regulador” (BRAITHWAITE, 2000; BRAITHWAITE; COGLIANESE; LEVI-FAUR, 2007), que enfatizam a multiplicidade de interesses envolvidos em todo processo regulatório. Fala-se, agora, em “descentralizar” a regulação do Estado, com base em mecanismos de autorregulação (BLACK, 2002), que contemplem a complexidade, fragmentação e interdependência entre o público e o privado, e entre o global e o nacional (BLACK, 2001; GUNNINGHAM, 2015).

Antes de adentrar a análise do conceito de governança regulatória, é preciso definir a concepção de governança adotada neste trabalho. O Relatório do Desenvolvimento Mundial de 2017 (RDM 2017) (*Governança e a Lei*), do Banco Mundial (INTERNATIONAL BANK OF RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT; THE WORLD BANK, 2017), define governança como a capacidade para conceber e implementar políticas públicas, no âmbito de um dado conjunto de regras formais e informais que moldam e são moldadas pelo poder. O RDM 2017 busca discutir governança com base numa perspectiva mais instrumental, referente à capacidade de implementar políticas públicas. Governança seria o processo pelo qual atores estatais e não estatais interagem para desenhar e implementar políticas públicas sob dado conjunto de regras formais e informais. O sucesso ou falha desse processo decorre da forma como os atores participantes interagem nas “arenas de negociação de políticas públicas” – em outras palavras, se há colaboração e cooperação nessa relação.

No desenvolvimento da análise sobre a efetividade das políticas públicas, determinados fatores são realçados pelo RDM 2017, entre eles, as relações de poder, o comprometimento, a coordenação e a cooperação entre atores na formulação e implementação da política. O pressuposto é de que tais fatores, referenciados como “vetores de eficácia”, são determinantes para o sucesso das políticas públicas.

Na mesma perspectiva, Agranoff (c2012, p. 2) associa casos de sucesso de gestão de políticas públicas diretamente à colaboração. Para o autor, governança colaborativa é “um conceito que descreve o processo de facilitar e operar em arranjos multiorganizacionais para resolver problemas que não podem ser resolvidos ou resolvidos facilmente por organizações isoladas”. A colaboração destina-se à busca conjunta do enfrentamento de restrições e problemas complexos. O autor define tais desenhos de

governança como “colaborarquias”, apontando que o grande desafio da “gestão colaborárquica” é combinar atributos hierárquicos e colaborativos, visto que nenhum dos dois, por si só, representa o melhor ou o pior de um modelo de gestão em rede. A atividade colaborativa flui através de redes não organizadas e informais. Gestores públicos precisam ser capazes de se conectarem com a rede, estabelecendo relações de reciprocidade.

De fato, sociedades complexas, com políticas públicas de múltiplos setores, que interconectam diversos atores, governamentais ou não, de diferentes esferas de governo, demandam debates e medidas para o aumento da efetividade da atuação estatal. Conforme apontam Klijn e Koppenjan (2016, p. 42-43), os *wicked problems* (“problemas traiçoeiros”) fazem parte das sociedades contemporâneas e exigem novas formas de governança em rede de modo a facilitar a coordenação, a cooperação e a comunicação.

Com frequência, os governos, o mercado ou a sociedade civil são incapazes de tratar esses problemas de maneira isolada. Métodos tradicionais de lidar com essas questões não se mostram mais suficientes. Os *wicked problems* requerem uma abordagem nova e diferente. Em vez da utilização de formas tradicionais de solução dos problemas, marcadas pela hierarquia, deve-se buscar abordagem cooperativa mais horizontal por meio da governança em rede (*networks*), identificada pelas seguintes características: problemas complexos que não podem ser resolvidos por apenas um ator; alta interdependência entre os atores devido à propriedade dos recursos necessários para a resolução dos problemas pertencerem a vários atores; interdependência decorrente de um alto grau de complexidade estratégica e imprevisibilidade do curso das ações; interações nas redes, que são complexas porque os atores são autônomos e têm suas próprias percepções quanto aos problemas, às soluções e às estratégias necessárias; interações nas redes, que apresentam certa estabilidade ao longo do tempo.

Nesse sentido, o conceito de governança em rede é formulado por Klijn e Koppenjan (2016, p. 124) como os “padrões mais ou menos estáveis de relações sociais entre atores mutuamente dependentes, que se combinam em torno de um problema de política pública, um programa de política pública, e/ou um conjunto de recursos, e que surgem, são sustentados e modificados por uma série de interações”. Essa complexa relação e interpenetração de interesses demanda, portanto, uma organização administrativa em rede, alternativa à organização hierárquica, capaz de alcançar a coordenação por meio da colaboração e pactuação entre os diferentes atores envolvidos, os quais operam juntos mediante elos verticais, horizontais e diagonais, gerando distintas “narrativas de *accountability*” (KOLIBA; MEEK; ZIA, c2011). Por isso, um dos maiores

desafios da gestão pública contemporânea é conciliar o governo hierárquico tradicional com as múltiplas e diversificadas demandas em redes horizontais (AGRANOFF, c2012).

Nesse contexto, cresce o uso de formas híbridas de regulação, nas quais as responsabilidades regulatórias são delegadas ou compartilhadas entre reguladores e regulados. Autorregulação privada e regulação pública tornam-se complementares, e não mais realidades opostas ou excludentes, conjugando interesses privados e coletivos, por meio, inclusive, da participação dos agentes econômicos no processo de regulação (GUNNINGHAM, 2015).

Assim, as teorias sobre governança regulatória como “governança da regulação” partem do pressuposto de que está ocorrendo uma mudança no papel do Estado regulador e que esse movimento deve envolver “um conjunto de características: diálogo e deliberação participativa, tomada de decisão desconcentrada, flexibilidade em vez de uniformidade, inclusão, transparência, institucionalização de práticas de construção de consenso e uma mudança de hierarquia para *heterarquia*” (GUNNINGHAM, 2009, p. 146, grifo nosso, tradução nossa).

De fato, o Estado afastou-se substancialmente, nos últimos anos, do modelo de comando e controle, de cima para baixo, e adotou uma abordagem de regulação mais descentralizada, policêntrica e consensual, que procura coordenar os diferentes interesses. A “nova governança” da regulação é reivindicada como mais responsiva, legitimadora e eficaz, porque permite a cooperação e a aprendizagem mútua dos atores, levando a respostas mais adequadas às necessidades e especificidades da atividade regulada (BRAITHWAITE; COGLIANESE; LEVI-FAUR, 2007; GUNNINGHAM, 2015).

No mesmo sentido, deve-se propor uma teoria descentrada, na qual tanto o Estado quanto a sociedade civil deixam de ser vistos como

atores monolíticos, mas ambos estão todo o tempo negociando e construindo a política. Não existem receitas prontas e regras específicas para se alcançarem determinados resultados, mas, sim, um processo contínuo de negociação e construção conjunta (BEVIR, 2013).

Todavia, pode o Estado ser efetivamente “descentrado”, tornando-se apenas mais um entre vários atores envolvidos na regulação? Para Gunningham (2009, p. 163-164), embora seja concebível que a regulação possa advir de terceiros, o Estado continua sendo o melhor ou o único jogador capaz de efetivamente assegurar a devida intervenção nos setores regulados. Independentemente da forma específica de arranjo adotado, é difícil, para o autor, imaginar a regulação colaborativa operando na completa ausência do governo. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado pode estar recuando de muitas de suas tradicionais funções regulatórias e do controle hierárquico, surgem oportunidades para forjar um novo papel, coordenando instituições privadas e mobilizando atores e recursos na promoção de políticas públicas. Em suma, para Gunningham (2009, p. 166), a “heterarquia” só pode ter sucesso à sombra da hierarquia.

Assim, a mudança para uma nova concepção de regulação não significa a substituição do Estado, mas a adoção de uma abordagem híbrida, na qual o Estado mantém ampla responsabilidade regulatória e ainda desempenha importantes papéis, intervindo diretamente ou coordenando, facilitando e orientando a atuação dos demais atores. Como muitos desses papéis são absolutamente centrais para o sucesso de novas iniciativas de governança, parece inquestionável que o Estado não pode ser considerado apenas um entre inúmeros outros atores (GUNNINGHAM, 2009).

Ou seja: se, por um lado, é certo que estamos vivenciando um período de transição para um novo modelo de gestão baseado na governança

colaborativa e em rede, que congrega múltiplos atores autônomos, mas com forte relação e interdependência entre si, por outro lado, isso não significa que organizações antigas, baseadas na hierarquia, estejam sendo substituídas. Elas coexistem lado a lado (AGRANOFF, c2012).

Desse modo, o grande desafio da governança contemporânea é saber conciliar atributos hierárquicos e colaborativos, dado que nenhum dos dois, por si só, representa o melhor ou o pior de um modelo de gestão. É esperado e desejável que a governança regulatória se torne cada vez mais descentralizada, responsiva e participativa, mas é preciso que o Estado mantenha o seu papel condutor e garantidor dos objetivos regulatórios.

### **3 O caso da implantação da TV digital no Brasil**

Por meio do Decreto nº 4.901, de 26/11/2003 (BRASIL, [2019b]), foi instituído o Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD), responsável desde 2005 pela condução do debate com a sociedade e pela produção de um modelo de referência a ser utilizado como norteador do processo de implantação da TV digital (FREITAS, 2004; LOPES, 2007; STEFANELO, 2008).

A estrutura que compunha o SBTVD já demonstrava a multiplicidade de interesses a serem considerados na definição do modelo de referência para a TV digital brasileira, uma vez que nela estavam representadas órgãos e entidades públicas e associações de caráter privado ligados ao tema (FREITAS, 2004; STEFANELO, 2008).

Posteriormente, já como resultado do trabalho desenvolvido no âmbito do SBTVD, foi editado o Decreto nº 5.820/2006, no qual o Brasil determinou, à semelhança de diversos países, a substituição do sinal analógico na TV aberta pelo padrão tecnológico de TV digital em todo o território nacional. Debates em torno da matéria foram intensos e, consolidada a opção tecnológica pelo padrão nipo-brasileiro, apenas a primeira etapa do complexo processo de migração havia sido vencida (CASTRO, 2006; LOPES, 2007; STEFANELO, 2008; CAVALCANTE, 2015).

À escolha do padrão de TV digital brasileiro seguiu-se o debate sobre a forma de sua implantação, pois diversos aspectos deveriam ser enfrentados, considerando-se os múltiplos interesses, entre os quais os da indústria produtora de dispositivos, das radiodifusoras detentoras da faixa do espectro de radiofrequência de 700 MHz para a transmissão da TV aberta, dos operadores de telecomunicações e dos usuários dos serviços (FREITAS, 2004; CASTRO, 2006; LOPES, 2007; STEFANELO, 2008; CAVALCANTE, 2015).

Se, de um lado, os radiodifusores estavam preocupados com o desligamento da TV analógica e a consequente redução do acesso à TV aberta pelos cidadãos, de outro, os prestadores de serviços de telefonia móvel pressionavam pelo seu rápido desligamento, pois havia interesse na exploração da faixa de radiofrequência usada pela TV aberta para expandir os serviços de telefonia móvel na tecnologia 4G (quarta geração), de maior velocidade de banda larga móvel (FREITAS, 2004; CASTRO, 2006; STEFANELO, 2008; CAVALCANTE, 2015).

A experiência de países que antecederam o Brasil nesse processo demonstrava que isso não seria simples. Muitos sofreram sucessivos adiamentos do desligamento do sinal analógico por falta de disponibilidade, nos domicílios, de equipamento conversor que garantisse o acesso aos canais digitais. Desligar o sinal analógico seria deixar sem acesso à TV aberta boa parte da população (FREITAS, 2004; CASTRO, 2006; LOPES, 2007; STEFANELO, 2008; CAVALCANTE, 2015).

No Brasil, esse aspecto era bem preocupante: a TV aberta no Brasil tem papel significativo e está presente em cerca de 98% dos lares brasileiros, e grande parte dos seus usuários não dispunha de condições de adquirir novos equipamentos e conversores, de modo que o desligamento da TV analógica poderia deixar sem sinal aqueles que tinham na TV aberta a principal forma de acesso à informação e à comunicação (FREITAS, 2004; STEFANELO, 2008).

Assim, desde o início já se vislumbrava que a digitalização da TV aberta no Brasil, com o completo desligamento dos canais analógicos e a consequente liberação da faixa de frequência correspondente para os serviços de telefonia e internet 4G, não seria processo fácil e teria que ser conduzido de forma gradual (FREITAS, 2004; LOPES, 2007; STEFANELO, 2008; CAVALCANTE, 2015).

A questão era como desenvolver um processo que fosse eficaz em massificar o acesso a equipamentos aptos a receber o sinal da TV digital, pois, mesmo com vários incentivos concedidos à indústria para que barateassem o conversor de sinal, o *set top box*, populações com menor poder aquisitivo não dispunham de equipamentos, tanto televisores quanto conversores, para a captação do sinal digital. Também não havia no governo políticas, tampouco recursos financeiros, para promover o acesso dessas populações aos equipamentos (FREITAS, 2004; STEFANELO, 2008).

A experiência anterior de países desenvolvidos demonstrava que o desafio não era só de renda: mesmo em países com renda média elevada, não se conseguia atingir densidade alta de conversores e televisores que assegurassem que a radiodifusão aberta continuaria acessível à maioria da população. Diversos países tiveram que adiar sucessivas vezes o fim da TV analógica em virtude disso (CASTRO, 2006; STEFANELO, 2008; CAVALCANTE, 2015).

O segundo momento de fortes debates sobre a questão ocorreu em torno de qual seria a destinação do espectro de radiofrequências que se seguiria ao desligamento da TV analógica. Os radiodifusores, por um lado, defendiam que esse espectro, o da faixa de 700 MHz, fosse mantido para serviços de radiodifusão para a disponibilização de novos conteúdos e funcionalidades, como a interatividade na TV (STEFANELO, 2008; CAVALCANTE, 2015). As operadoras de telecomunicações, por outro lado, acreditavam que aquele espectro precisava ser destinado à telefonia móvel, sob o argumento de que essa era a forma de viabilizar velocidades de conexão mais rápidas e estáveis na banda larga móvel. O debate foi intenso, e a decisão foi pela destinação da faixa aos serviços de telecomunicações, em detrimento da TV aberta (STEFANELO, 2008).

O remanejamento de canais de TV para a liberação da faixa de 700 MHz era fundamental para a ampliação da cobertura de redes do 4G. Com a migração, a faixa de 700 MHz – em que operam canais de TV analógicos – seria utilizada para ampliar a disponibilidade dos serviços de telefonia móvel e de internet 4G. Tal faixa, além de aumentar o total de frequências disponíveis para a banda larga móvel, viabiliza, com um menor número de antenas, uma cobertura significativamente maior, o que permite melhorar a qualidade do serviço prestado e levá-lo a custo mais baixo para áreas de menor densidade populacional. Além de maior cobertura, é uma faixa com melhor desempenho para cobertura em ambientes internos (BRASIL, 2017a).

A migração para a TV digital traz benefícios também para o setor de rádio, uma vez que a liberação dos canais de televisão até então utilizados para a transmissão analógica libera espaço para a migração das rádios AM para FM (BRASIL, 2017a).

No entanto, conforme se receava, os intensos e complexos debates relacionados à implantação da TV digital acabaram levando ao atraso e à quase interrupção do processo. Na tentativa de retomá-lo e acelerá-lo, foi editada, em 6/2/2013, pelo então Ministério das Comunicações, a Portaria nº 14/2013 (BRASIL, 2013), que estabeleceu “diretrizes para a aceleração do acesso ao Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre – SBTVD-T e para a ampliação da disponibilidade de espectro de radiofrequência para atendimento dos objetivos do Programa Nacional de Banda Larga – PNBL”. A Portaria determinou, em seu art. 2º, que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) iniciasse procedimentos administrativos para a verificação da viabilidade de atribuição, destinação e distribuição da faixa de 698 MHz a 806 MHz para o atendimento dos objetivos do PNBL (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

O objetivo evidente da Portaria foi tentar conciliar a necessidade de ampliar o acesso à banda larga móvel sem, contudo, diminuir o acesso da população à TV aberta, já que havia preocupação sobre os possíveis impactos do processo de limpeza da faixa e com os da redesignação do espectro de frequência sobre a implantação da TV digital. Por isso, foi determinado à Anatel que garantisse a proteção do serviço de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, contra eventuais interferências geradas pelo uso da faixa pela adoção de tecnologias de banda larga móvel 4G, e que garantisse a manutenção da cobertura atual dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

Definidas tais diretrizes pelo Ministério das Comunicações, a Anatel formalizou, em novembro de 2013, por meio da Resolução nº 625/2013 (BRASIL, [2019a]), a nova destinação da faixa de frequência para a telefonia móvel e para a exploração de serviços de banda larga de tecnologia 4G, assegurando a continuidade da exploração concomitante pela TV aberta até a data que seria definida ao longo do processo (BRASIL, 2017b).

O passo seguinte foi o leilão da faixa de 700 MHz realizado pela Anatel em 2014. O sucesso da empreitada dependia do enfrentamento dos principais desafios levantados. Era preciso engajar atores com grande poder de pressão, fazê-los cooperar no processo. O engajamento e a cooperação dependiam da crença de que os compromissos e diretrizes estabelecidos pelo Ministério das Comunicações seriam respeitados, ou seja, que o acesso da população a equipamentos conversores de sinal seria garantido, que não haveria interferência de sinais de radiofrequência nos serviços de telefonia móvel e no sinal de TV aberta e que a faixa liberada seria utilizada para expandir o serviço de banda larga móvel (CAVALCANTE, 2015; JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

Entre as determinações do edital do referido leilão estavam os mecanismos de transição da TV analógica para a TV digital: operadores de telefonia deveriam aportar recursos e contribuir para a massificação de conversores de sinais para a TV digital, e as radiodifusoras, até então bastante resistentes a todo o processo, cederam mediante o compromisso do governo de que a TV analógica não seria desligada se não fossem atingidos patamares satisfatórios de expansão da TV digital, acima dos 93% de acesso nos domicílios do município (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

Além disso, a data-limite para o desligamento da TV analógica – junho de 2006 – para todo o País, ou seja, em “tiro único”, sofreu alteração: o Decreto nº 8.753/2016 (BRASIL, 2016b) dilatou o prazo para dezembro de 2018, mas de forma escalonada no tempo, dando ao Ministério das Comunicações a competência para aprovar o cronograma de desligamento município a município, o que foi feito por meio da Portaria nº 481, de 9/7/2014 (BRASIL, 2014).

Ao final do processo, a licitação da faixa de espectro de 700 MHz garantiu à União o recolhimento de R\$ 5,4 bilhões, pagos pelas quatro operadoras de telefonia móvel que saíram vencedoras. Porém, o embate entre operadores de telecomunicações e radiodifusores em torno da faixa continuaria caso não fosse superada a preocupação dos radiodifusores com um desligamento que significasse um “apagão” de TV para boa parte da população (BRASIL, 2017b).

A dinâmica construída para superar a questão foi bastante engenhosa: o edital dispôs que as operadoras vencedoras do certame deveriam constituir uma entidade sem fins lucrativos para operar a liberação da faixa, sendo responsável, entre outras obrigações, pelo custeio do remanejamento dos canais, distribuição de receptores de sinal digital às famílias inscritas em programas sociais do governo federal e pela mitigação de eventuais interferências nos serviços (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

Ao setor de telecomunicações, interessado no desligamento da TV analógica e na redesignação rápida da faixa, foi atribuída a responsabilidade de financiar o processo de transição. Além de arcar com os custos, as empresas de telefonia deveriam ser ativas no processo para atingir índices significativos de acesso da população a equipamentos aptos à TV digital. A sua ineficiência teria uma consequência: adiar o fim da TV analógica e, conseqüentemente, adiar o uso do espectro para a prestação de serviços de banda larga móvel. E isso o setor de telecomunicações definitivamente não desejava. A demanda por telefonia móvel crescia exponencialmente àquela época, e era considerável a pressão social e política por conexões móveis estáveis e de alta capacidade (CAVALCANTE, 2015).

Estava, assim, construída uma parte da dinâmica: as radiodifusoras tiveram firmado o compromisso de que não haveria desligamento da

TV analógica sem patamares mínimos bastante elevados de presença de equipamentos para TV digital nos domicílios brasileiros e, por outro lado, os operadores de telecomunicações tiveram firmado o compromisso de que, tão logo se atingisse aquele patamar, poderiam explorar serviços de telefonia móvel no mesmo espectro de radiofrequência antes destinado à TV aberta (BRASIL, 2017b).

O desenho regulatório foi, então, formalizado. Instituiu-se um modelo de governança que tinha um grupo *multistakeholder* como parte central: o Grupo de Implantação do Processo de Redistribuição e Digitalização de Canais de TV e RTV (Gired). O Gired, conforme previsto no edital que disciplinava o leilão dos 700 MHz, seria presidido por um conselheiro do Conselho Diretor da Anatel, com participação do então Ministério das Comunicações, das operadoras de telecomunicações vencedoras do leilão e de igual número de representantes das radiodifusoras. O Gired tem por atribuição a disciplina e a fiscalização do processo de implantação da TV digital, incluindo-se a validação de condições de contorno necessárias para efetivação do desligamento do sinal analógico em determinado município. É o Gired ainda o órgão responsável por acompanhar e fiscalizar a Entidade Administradora do processo de Redistribuição e Digitalização de canais de TV e RTV (EAD). O Gired compõe-se de um Grupo Executivo, responsável pelas deliberações, assessorado por quatro grupos técnicos – Recepção, Remanejamento, Comunicação e Acompanhamento Financeiro – nos quais os aspectos técnicos e operacionais são apreciados e discutidos antes de serem submetidos ao Grupo Executivo. No Gired delibera-se por consenso; caso ele não seja atingido, a palavra final é da Anatel ou do Ministério, cada um nos limites de suas atribuições (JESUS, 2015; BRASIL, 2017a, 2017b).

O Gired foi instalado em dezembro de 2014, respeitado o prazo de 15 dias previsto no edital, com o objetivo de buscar a cooperação e o consenso entre os atores envolvidos no processo de migração. A composição adotada buscou garantir a máxima representação de cada setor no grupo, bem como a autonomia das pessoas indicadas para tomar as decisões necessárias (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

Em 2015, o Gired definiu os contornos norteadores das atividades da EAD, inclusive sobre como se daria a campanha de esclarecimento da sociedade, a implementação de uma central de atendimento telefônico para a população, as especificações técnicas para o conversor e o método de aferição para acompanhar o nível de acesso à TV digital nos domicílios. Durante todo o trabalho, o Gired discutiu e propôs ao Ministério das Comunicações a revisão de regulações, de modo que o processo tivesse seu curso ajustado, à medida que os grupos técnicos analisavam as definições iniciais e buscavam otimizar a implementação da política. Assim, alterou-se o cronograma, estabeleceu-se a possibilidade de transmissão simultânea de TV e telefonia móvel em municípios menores e ampliou-se a distribuição de conversores a famílias de baixa renda (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

Além do Gired, outro elemento da estrutura de governança do processo de transição da TV constituído é a EAD. A EAD “Seja Digital” é uma entidade privada, cuja obrigação de constituição foi atribuída às operadoras vencedoras do leilão dos 700 MHz. Claro, Tim, Vivo e Algar, vencedoras da disputa, passariam a ter direito de exploração da faixa para operação da telefonia móvel quando se desligasse a TV analógica e, portanto, foram responsáveis por constituir a entidade (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

À EAD foram atribuídas as funções de gestão e operação das diversas atividades de preparação do desligamento da TV analógica, inclusive a

gestão financeira de recursos para o financiamento de todo o processo, assim como atividades relacionadas à aquisição e à distribuição de conversores às famílias pertencentes ao Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico), do então Ministério de Desenvolvimento Social, e também a operacionalização da pesquisa de validação do percentual de acesso à TV digital pelos domicílios, condição para o efetivo desligamento. A EAD também ficou responsável por adquirir equipamentos para o desenvolvimento de infraestrutura de radiodifusão que auxiliassem na ampliação do sinal de TV no território nacional. Somente em 2017, foram distribuídos 6,9 milhões de kits, considerando todas as regiões que passaram pelo desligamento analógico, ao passo que, até então, 7,5 milhões de kits haviam sido entregues aos beneficiários (BRASIL, 2017a, 2017b).

Outra importante medida a cargo da EAD é o desenvolvimento de uma campanha de mídia para a conscientização do processo. Por meio da campanha “Seja Digital”, da disponibilização de um portal e de uma central de atendimento, foi possível esclarecer dúvidas e apoiar na divulgação da migração (JESUS, 2015; BRASIL, 2017a, 2017b).

Contudo, característica fundamental do processo e elemento determinante do seu sucesso foram as condições de seu financiamento. A transição para a TV digital, previa-se, consumiria considerável monta de recursos para que fossem desempenhadas as várias atividades relativas à pesquisa para mitigação de interferências, aquisição e distribuição de equipamentos em domicílios, aquisição e instalação de infraestrutura de retransmissão de TV, campanhas publicitárias, implantação e operação de uma central de atendimento para acesso da população. Esses recursos saíram, ao final, do próprio valor do leilão de espectro. O valor total arrecadado pela União com a venda do espectro foi de R\$ 5,85

bilhões. Adicionalmente, o custo da limpeza da faixa foi estimado em cerca de R\$ 3,6 bilhões. A fim de evitar contingenciamentos orçamentários, esse valor sequer foi incorporado aos cofres públicos, mas pago pelas operadoras de telefonia diretamente à EAD (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

Registre-se que uma preocupação durante o processo é com a transparência das informações. Atas das reuniões do Gired estão todas divulgadas no portal da Anatel e também no portal da EAD “Seja Digital”. Em alguns momentos, houve tensionamento entre os diferentes interesses e atores. Havia ambiguidade e complexidade em algumas definições, como os debates sobre a mitigação de interferências de um serviço em outro, telefonia móvel e TV aberta, e sobre a forma como seriam coletados os dados de acesso à TV digital nos domicílios. Instituto de pesquisa foi contratado para medir esse acesso e houve amplo debate sobre a sua metodologia. Em todos os casos, a Anatel e o Ministério das Comunicações – a partir de 2016, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) – atuaram como mediadores do debate e, em última instância, como árbitros, na ausência de consenso (JESUS, 2015; BRASIL, 2017b).

Conforme demonstram os dados, tem sido muito bem-sucedido esse modelo de governança para a implantação da TV digital no Brasil. Até o final de 2017, o Gired havia aprovado a viabilidade da entrada em operação da banda larga móvel na faixa de 700 MHz em 21 capitais e mais de 3,6 mil municípios (BRASIL, 2017a, 2017b).

Com isso, o desligamento do sinal analógico de TV nessas regiões liberou a faixa de 700 MHz para que a oferta de internet 4G pudesse ser expandida por todo o País, abrangendo mais de 80% da população (BRASIL, 2017b). Em Relatório (BRASIL, 2017b, p. 79) em que avalia a experiência ora analisada, a Ouvidoria da

Anatel elogia o processo de transição conduzido e implementado pela Agência, ressaltando que

o regulador brasileiro, em uma iniciativa simples em meio à complexidade do tema e da operacionalização do desligamento da TV analógica, implantação da TV digital, ampliação dos serviços de telefonia e internet móvel, mas com metas bem estabelecidas e governança, consegue catapultar o mercado e simultaneamente criar estratégias de mudança de conduta junto à sociedade, por meio de iniciativas concretas em meio a complexidade para a operacionalização do desligamento da TV analógica, ampliação dos serviços de telefonia e internet móvel, sempre obedecendo as metas e a governança estabelecida pelo Gired.

O então presidente da Anatel, Nascimento (2018), em artigo de opinião publicado em janeiro de 2018, também valorizou a estratégia inovadora de governança adotada pelo Brasil:

O programa para liberação do espectro de 700 MHz acabou revelando outros vieses. O primeiro foi colocar o país na vanguarda mundial desse tipo de procedimento. Autoridades de nações interessadas no tema têm visitado o Brasil para conhecer de perto o processo simultâneo de digitalização da transmissão da TV e a liberação da Faixa de 700 MHz para o celular.

O segundo viés foi o aquecimento da indústria setorial. Para digitalização do sinal, as emissoras de TV investem adquirindo os equipamentos de transmissão. Parte da população compra televisores modernos ou kits (antenas e conversores) para recepção do sinal digital nos televisores antigos.

E a “Seja Digital” adquire os 13 milhões de kits previstos para distribuí-los gratuitamente às famílias inscritas nos programas sociais. As operadoras de celular investem nos equipamentos para a cobertura de banda larga de 4ª geração e os usuários trocam os seus celulares para acessar banda larga móvel.

O terceiro foi a oportunidade de trabalho para os antenistas (técnicos que instalam as antenas) e o estímulo à reciclagem de materiais eletrônicos descartados após a transição; providência essa antes existente em poucos países. No Brasil, a recuperação e a destinação correta de resíduos tecnológicos passam a ser uma realidade.

O quarto viés diz respeito à melhora na qualidade da banda larga. Até outubro de 2017, dos 241 milhões de celulares no Brasil, 79% deles podiam acessar a banda larga por meio de smartphones (percentual em crescimento). Com o uso da faixa de 700 MHz, a qualidade percebida pelo usuário está sendo ampliada, uma vez que, para além das próprias características dessa faixa (maior velocidade e melhor cobertura), diminui o fluxo de dados nas demais faixas em uso.

Muito embora o tema seja complexo e interesses ambíguos estejam postos, é possível concluir que o processo avança com relativa estabili-

dade. Contudo, recente episódio envolvendo o MCTIC e a Anatel é digno de comentário. Ao final de maio de 2018, o Gired instituiu um grupo de trabalho para discutir a destinação das possíveis sobras de recursos financeiros da EAD. Uma semana depois e sem que o grupo de trabalho tivesse começado a debater o tema, foi editada pelo MCTIC a Portaria nº 3.045, de 7/6/2018 (BRASIL, 2018), a qual definiu que as sobras de recursos deveriam ser destinadas à aquisição e distribuição de conversores de TV digital às famílias que ainda não o tivessem adquirido. Tal decisão transformou-se num impasse: a migração da TV ainda não se encerrou. Um grupo instituído no âmbito do Gired e da Anatel insiste em defender que se aguardem os resultados desse trabalho, ao passo que o MCTIC insiste em cobrar que se implementem as definições constantes daquela Portaria (POSSEBON, 2018).

#### **4 Análise do caso da migração para a TV digital no Brasil à luz das teorias colaborativas de governança**

A análise do processo de transição da TV analógica para a TV digital permite identificar alguns elementos relacionados aos debates contemporâneos sobre governança de políticas públicas em ambientes complexos, com múltiplos atores.

Os serviços de radiodifusão e os serviços de telecomunicações são serviços públicos, outorgados à exploração pela iniciativa privada e, muito embora a convergência e o avanço tecnológicos tornem tênues, senão inexistentes, as fronteiras entre um e outro, eles permanecem regulados de maneiras distintas, inclusive com órgãos reguladores distintos, como o MCTIC e a Anatel. A despeito de o MCTIC ser o órgão supervisor daquela agência, seu poder decisório em aspectos de regulação dos serviços de telecomunicações é limitado em função da autonomia legal conferida à agência. Ao MCTIC, por sua vez, permanecem atribuídas as funções normativas quanto às diretrizes de políticas públicas para os serviços de telecomunicações e, por outro lado, quanto ao setor de radiodifusão, é ele o órgão regulador dos serviços. Entretanto, ressalte-se, a convergência tem tornado essa segregação de serviços algo cada vez mais difícil de lidar sob o aspecto da governança regulatória, trazendo desafios quanto à coordenação entre atores e setores para minimizar conflitos, aumentar a coordenação e a comunicação entre eles.

O processo de transição da TV analógica para a TV digital é um caso típico de necessidade de coordenação. O espectro de radiofrequências explorado pela TV analógica era o mesmo necessário à expansão da rede de telefonia móvel, tanto em abrangência quanto em capacidade. Para

umentar a complexidade e o desafio, trata-se de serviços massificados, de alto interesse público e, nesse sentido, sujeitos ao controle por múltiplos atores. Adicionalmente, são explorados por corporações com considerável capacidade de pressão e poder de barganha na arena de políticas públicas. De um lado, o setor de radiodifusão, em função do arcabouço normativo brasileiro, está concentrado nas mãos de grupos nacionais organizados, politicamente influentes. De outro, o setor de telecomunicações é majoritariamente composto por organizações multinacionais com alto poder econômico e responsável por uma parcela considerável do PIB nacional.

Durante o processo de transição da TV analógica para a TV digital, o governo brasileiro buscou conhecer a experiência internacional e utilizou-a de maneira intensa para planejar a migração. Entretanto, uma característica marcante do caso em análise é que em todas as suas fases, desde a definição do padrão de TV digital que seria adotado, o governo buscou planejar seu modelo tomando em conta as experiências internacionais, mas adaptando-as ao contexto local. Não houve “receita de bolo” importada. O padrão de TV digital adotado foi o japonês, mas com nuances e características tecnológicas específicas. Tornou-se o padrão “nipo-brasileiro”. Definido o padrão, houve intenso trabalho do governo junto à indústria, com vistas a desenvolver tecnologia nacional que barateasse equipamentos. Foi constituído o Fórum da TV Digital e foi aprovada uma plataforma com padrão de *software* para a interatividade na TV aberta, o “Ginga” (CAVALCANTE, 2015).

Posteriormente à definição e ao início da operação da TV digital, o Brasil tornou-se o primeiro país a constituir um modelo híbrido de desligamento da TV analógica com a concomitante transferência da faixa às operadoras de telefonia móvel. Todos os países que já tinham passado pela experiência primeiramente desligaram por completo a TV analógica para, em seguida, destinar o espectro a outra finalidade. No caso brasileiro, aspecto chave do modelo foi já iniciar o processo de desligamento com o envolvimento formal das operadoras de telefonia, mais ainda, com o financiamento do desligamento atribuído a elas, as grandes interessadas na exploração comercial da faixa (CAVALCANTE, 2015; BRASIL, 2017b).

Com efeito, a transição para a TV digital no Brasil parece representar um típico caso de boa governança de políticas públicas, no sentido atribuído pelo RDM 2017, ou seja, de processos de interação de atores estatais ou não para o desenho e implementação de políticas públicas que atingem os resultados que almejam. O RDM 2017, conforme apresentado, discute relações de poder nas arenas de políticas públicas e a sua influência nos resultados. O ponto forte do processo de transição da TV analógica foi a colaboração e a cooperação entre os atores. E tais elementos, segundo o RDM 2017, são fundamentais para resultados de políticas públicas.

Ademais, o processo da TV digital no Brasil, a despeito de a complexidade do tema ser um prenúncio para potenciais falhas, foi marcado por estabilidade das regras, debate intenso, transparência e participação dos atores, compromissos críveis e cumpridos. Atores com capacidade de pressão considerável, a saber, indústria de dispositivos, radiodifusores e operadores de telefonia participaram do processo e tiveram espaço para trazer para a arena suas demandas; com suas forças relativamente simétricas, seus poderes de barganha equilibraram o jogo de modo a garantir resultados equânimes nas decisões tomadas. As regras do jogo iam sendo moldadas enfrentando-se o embate e os interesses divergentes. No entanto, à medida que eram definidas, as metas eram cumpridas, não havendo desvios que motivassem o desestímulo à cooperação e ao comprometimento dos atores. Parece haver, no caso da TV digital no Brasil, um conjunto de fatores que o RDM 2017 denominaria “vetores de eficácia” de uma política pública.

Não estivessem determinadas características do desenho institucional da transição da TV analógica para a digital presentes no caso brasileiro, é de se questionar se os resultados atingidos seriam tão positivos e se tornariam referência internacional. À guisa de reflexão, poderíamos indagar: estariam os conversores de TV distribuídos para famílias do CadÚnico se dependesse do Orçamento Geral da União e se estivessem os recursos financeiros, portanto, sujeitos ao contingenciamento? Estariam as emissoras de TV aberta engajadas na massificação da TV digital se não houvesse as operadoras de telefonia a pressionar pela célere liberação da faixa de frequência? Estariam as operadoras de telefonia móvel engajadas no processo de desligamento da TV analógica não fosse o compromisso crível de que a faixa seria destinada a elas tão logo a TV digital estivesse massificada? Estariam operadoras de telecomunicações e radiodifusoras dialogando

e atingindo consensos sem a estrutura desenhada, a estabilidade institucional e a transparência com que atuou o Gired e a EAD? Tendemos a acreditar que todo o sábio desenho regulatório adotado explica o sucesso da transição da TV analógica para a digital no Brasil. O êxito da política, ou, vamos dizer, decorre das instituições que foram desenvolvidas pelos atores envolvidos.

Se arranjos “multiorganizacionais” e a colaboração entre os atores são indispensáveis para o sucesso da gestão de políticas públicas complexas (AGRANOFF, c2012), o caso em estudo é paradigmático, uma vez que envolve uma gama de atores com interesses por vezes conflitantes e órgãos reguladores distintos a exigir forte capacidade de coordenação e diálogo. As estruturas delineadas contribuíram para a colaboração entre os atores. O Gired era constituído por radiodifusoras, operadoras de telecomunicações, Anatel e MCTIC, todos imbuídos do mesmo propósito: massificar a TV digital e permitir a destinação da faixa de frequência para a telefonia móvel. Isso não significou, ressalte-se, ausência de conflito. Embates ocorreram no âmbito dos grupos técnicos e do comitê executivo. Entretanto, o conflito era equacionado, se não por se atingir consenso, pelo uso da hierarquia tradicional, já que o MCTIC e a Anatel eram, em última instância, os árbitros do processo.

Em suma, o Brasil desenvolveu uma sofisticada governança para lidar com um problema que pode ser tipicamente enquadrado como um *wicked problem* (KLIJN; KOPPENJAN, 2016): trata-se de um desafio de política pública com questões específicas de cada setor, mas correlacionadas e interdependentes, que necessitam de um debate em rede para que se atinja cooperação, comunicação e coordenação. Nenhum dos atores de maneira isolada conseguiria atingir o êxito que o trabalho conjunto possibilitou.

Há que se questionar, contudo, se o caminho percorrido, a estabilidade e o êxito do processo

até o momento estão preservados. O recente embate entre a Anatel e o MCTIC quanto à destinação dos recursos da EAD ao final do processo acendem o alerta. Uma semana depois de o Gired ter deliberado pela constituição de um grupo para discutir a destinação dos recursos que, acreditava-se, sobriariam ao final da transição, o MCTIC publicou portaria que, em grande medida, “atropela” os debates que vinham sendo realizados de maneira coordenada no âmbito do Gired. Seria essa a reversão do processo de governança colaborativa e a retomada da forma tradicional de gerir políticas públicas? Essa é uma questão em aberto, a ser discutida à medida que se forem verificando os desdobramentos do conflito ocorrido.

De fato, verifica-se que o processo de formulação do modelo de governança da política de migração das tecnologias de TV foi fortemente baseado no envolvimento e no diálogo com as partes direta e indiretamente interessadas e afetadas, com vistas à construção conjunta de soluções para o problema posto. Observa-se que, desde o início, a Anatel e o então Ministério das Comunicações estabeleceram profícua interação com os sujeitos regulados, visando a compreender a estrutura e especificidade do mercado em que atuam e as motivações que os levariam a adotar um ou outro comportamento.

Os órgãos reguladores responsáveis pela política de migração da TV analógica para a TV digital adotaram evidente postura responsiva, que privilegiou a cooperação e o desenvolvimento de políticas menos intervencionistas e mais baseadas na persuasão dos regulados e no incentivo à adoção de mecanismos autorregulatórios. Essa colaboração foi fundamental para reduzir a assimetria de informação entre regulador e regulado, permitindo a elaboração conjunta e concertada de respostas regulatórias mais precisas e adequadas.

É notável, ainda, o dinamismo e flexibilidade atribuídos ao regulador para buscar a solução regulatória mais adequada ao caso concreto: não se adotou nenhuma solução idealizada, pré-concebida, universalmente aplicável ou testada em experiências internacionais. O arranjo institucional estabelecido – a criação do Gired e da EAD – foi concebido, como fruto do debate entre as partes, para atender às especificidades do caso brasileiro e viabilizar o projeto de migração tecnológica.

Tal modelo de governança regulatória, de formulação e implementação simples, surpreende pela eficiência alcançada. A estratégia de atribuir ao grupo de interessados em utilizar a faixa (adquirentes do direito de uso das radiofrequências dos canais redistribuídos), e não ao Estado, a responsabilidade pelos custos de sua limpeza e pela mitigação de problemas de interferência nos sistemas de radiocomunicação foi determinante para o êxito do processo. O desenho adotado dividiu responsabilidades entre

reguladores e regulados e atribuiu obrigação ativa pelo atingimento dos resultados aos maiores interessados, as empresas de telefonia, tornando racional para elas assumir esse compromisso e fazer convergir seus interesses para a finalidade pública de disponibilização do espectro de radiofrequência para a ampliação dos serviços de banda larga.

Além de esse modelo de governança ter contribuído sensivelmente para reduzir o custo da regulação e tornar o sistema mais eficiente do ponto de vista econômico, as medidas que impõem ao próprio setor regulado e às partes interessadas o dever de se articularem para buscar, de forma cooperativa, a viabilização do projeto ensejaram posturas de responsabilidade e comprometimento das proponentes vencedoras no processo de migração e contribuíram para transformar eventuais resistências em posturas de compromisso.

## 5 Conclusão

Este artigo teve por objetivo avaliar o caso da implantação da TV digital no Brasil, com o intuito de verificar quais foram os vetores de eficácia do processo.

Tomando-se as teorias de governança colaborativa de políticas públicas como parâmetros de análise, foram avaliados os elementos configuradores do processo de migração da TV analógica para a TV digital e o desenho regulatório e institucional adotado.

Apesar da grande complexidade do problema enfrentado – uma política pública que envolve múltiplos setores e atores variados, estatais e não estatais, com interesses bastante diversos e conflitantes; intensos debates técnicos entre especialistas sobre padrões tecnológicos mais adequados; alto potencial de impacto da medida sobre a população em geral, em especial, sobre a população de baixa renda; e experiências internacionais precursoras não exitosas –, o processo de implantação da TV digital no Brasil está em pleno curso, sem maiores intercorrências.

Nesse sentido, ao analisar os fatores que contribuíram para o sucesso de tal política, o presente trabalho evidenciou que os mecanismos de governança colaborativa e em rede adotados e a modelagem regulatória descentralizada e responsiva implantada atuaram, de forma determinante, como vetores de eficácia do processo.

Com efeito, a forte interação e o diálogo estabelecidos entre o Estado e as partes direta e indiretamente interessadas e afetadas, com vistas à construção conjunta de soluções para o problema posto, propiciaram a mútua colaboração dos atores envolvidos, garantindo a convergência dos interesses públicos e privados.

Além disso, a relação de confiança e cooperação estabelecida entre reguladores e regulados contribuiu decisivamente para reduzir as resistências de alguns setores e para ensejar posturas de compromisso e responsabilidade das partes interessadas na migração. Todos perceberam que a atuação articulada e colaborativa para viabilizar o projeto traria ganhos coletivos. Desse modo, foi possível formular estratégia regulatória inovadora capaz de atribuir ao grupo de interessados no resultado de uma política pública (liberação da faixa de radiofrequência), e não ao Estado, a responsabilidade pelos seus custos, o que foi determinante para o êxito do projeto.

Todavia, se, por um lado, o caso da implantação da TV digital no Brasil deva ter seu resultado celebrado e ser reconhecido como referência na adoção de um modelo de governança colaborativa e desenho regulatório responsivo e descentralizado, por outro, é preciso seguir alerta, monitorando-o de modo a evitar que seu rumo seja alterado. O mencionado embate entre a Anatel e o MCTIC acerca da destinação final dos recursos da EAD é amostra de eventuais retrocessos que podem ser impostos ao arranjo instituído.

## Sobre os autores

Vânia Lúcia Ribeiro Vieira é mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; doutoranda em Direito na Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Direito Administrativo pela UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil; bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; procuradora federal da Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil; procuradora-chefe da Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: [vieira.vania@gmail.com](mailto:vieira.vania@gmail.com)

Elisa Vieira Leonel é mestre em Administração Pública pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Ciência Política na UnB, Brasília, DF, Brasil; pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações; superintendente de Relações com Consumidores da Agência Nacional de Telecomunicações, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: [elisa.vieira.leonel@gmail.com](mailto:elisa.vieira.leonel@gmail.com)

Márcio Iório Aranha é doutor em Ciências Sociais (Estudos Comparados sobre as Américas) pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; pós-doutor em Direito pela University of Southern California, Los Angeles, CA, Estados Unidos da América; professor de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da UnB, Brasília, DF, Brasil; diretor do Centro de Políticas, Direito, Economia e Tecnologias das Comunicações da UnB (CCOM/UnB) e do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório (NDSR/FD/UnB), Brasília, DF, Brasil; presidente do corpo editorial da Revista de Direito Setorial e Regulatório (*Journal of Law and Regulation*), Brasília, DF, Brasil.

E-mail: [iorio@ccom.unb.br](mailto:iorio@ccom.unb.br)

## Como citar este artigo

(ABNT)

VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro; LEONEL, Elisa Vieira; ARANHA, Márcio Iório. A implantação da TV digital no Brasil: governança colaborativa como vetor de eficácia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 149-170, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p149](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p149)

(APA)

Vieira, V. L. R., Leonel, E. V., & Aranha, M. I. (2019). A implantação da TV digital no Brasil: governança colaborativa como vetor de eficácia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 149-170. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p149](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p149)

## Referências

AGRANOFF, Robert. *Collaborating to manage: a primer for the public sector*. Washington, DC: Georgetown University Press, c2012.

\_\_\_\_\_. *Managing within networks: adding value to public organizations*. Washington, DC: Georgetown University Press, c2007.

ARANHA, Márcio Iório. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 4. ed. London: Laccademia, 2018.

BEVIR, Mark. *A theory of governance*. Berkeley: University of California Press, 2013.

\_\_\_\_\_. Governança democrática: uma genealogia. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 103-114, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31688/20208>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, [Sydney], v. 27, p. 1-35, 2002. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUJLegPhil/2002/1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world. *Current Legal Problems*, [London], v. 54, n. 1, p. 103-146, Feb. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/30527050\\_Decentring\\_Regulation\\_Understanding\\_the\\_Role\\_of\\_Regulation\\_and\\_Self-Regulation\\_in\\_a\\_Post-Regulatory\\_World](https://www.researchgate.net/publication/30527050_Decentring_Regulation_Understanding_the_Role_of_Regulation_and_Self-Regulation_in_a_Post-Regulatory_World). Acesso em: 11 jul. 2019.

BRAITHWAITE, John; COGLIANESE, Cary; LEVI-FAUR, David. Can regulation and governance make a difference? *Regulation and Governance*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 1-7, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2007.00006.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1748-5991.2007.00006.x>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of criminology. *British Journal of Criminology*, [s. l.], v. 40, p. 222-238, 2000. Disponível em: [https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/\\_documents/Articles/New\\_Regulatory\\_2000.pdf](https://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Articles/New_Regulatory_2000.pdf). Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. *Ata da 5ª Reunião Ordinária*. Brasília, DF: Anatel, 2015. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=328524&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=328524.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Telecomunicações. *Relatório anual 2017*. [Brasília, DF]: Anatel, 2017a. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=348421&pub=original&filtro=1&documentoPath=348421.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Telecomunicações. *Relatório da ouvidoria ad hoc 02/2017: migração da TV analógica para a digital: o caso Brasil*. [Brasília, DF]: Anatel, 2017b. Disponível em: <https://cloud.anatel.gov.br/index.php/s/QZg0Z66xjvoO6h3#pdfviewer>. Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Agência Nacional de Telecomunicações. *Resolução nº 625, de 11 de novembro de 2013*. Aprova a Atribuição, a Destinação e o Regulamento sobre Condições de Uso de Radiofrequências na Faixa de 698 MHz a 806 MHz. [Brasília, DF]: Anatel, [2019a]. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/644-resolucao-625>. Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 4.901, de 26 de novembro de 2003*. Institui o Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4901.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4901.htm). Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006*. Dispõe sobre a implantação do SBTVD-T, estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5820.htm). Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 8.753, de 10 de maio de 2016*. Altera o Decreto nº 5.820, de 29 de junho de 2006, que dispõe sobre a implantação do SBTVD-T, estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão. Brasília, DF: Presidência da República, 2016b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8753.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8753.htm). Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Portaria nº 3.045, de 7 de junho de 2018. Dispõe sobre a destinação do saldo de recursos remanescente, proveniente da licitação de que trata o Edital nº 2/2014-SOR/SPR/CD-ANATEL, administrados pela Associação Administradora do Processo de Redistribuição e Digitalização de Canais de TV e RTV – EAD. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, n. 109, p. 123, 8 jun. 2018. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21053968/do1-2018-06-08-portaria-n-3-045-de-7-de-junho-de-2018-21053902](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21053968/do1-2018-06-08-portaria-n-3-045-de-7-de-junho-de-2018-21053902). Acesso em: 12 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério das Comunicações. *Portaria nº 14, de 6 de fevereiro de 2013*. Estabelece diretrizes para a aceleração do acesso ao Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre – SBTVD-T e para a ampliação da disponibilidade de espectro de radiofrequência para atendimento dos objetivos do Programa Nacional de Banda Larga – PNBL. [Brasília, DF]: Ministério das Comunicações, 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/comunicacao/rede-legislativa-radio-tv/arquivos/legislacao-arquivos/portarias-ministerio/Portarian1406FEV2013Desocupaodafaixa700MHz.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério das Comunicações. *Portaria nº 481, de 9 de julho de 2014*. Estabelece cronograma de transição da transmissão analógica dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão para o Sistema Brasileiro de Televisão Digital [...]. [Brasília, DF]: Ministério das Comunicações, 2014. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/comunicacao/rede-legislativa-radio-tv/arquivos/legislacao-arquivos/portarias-ministerio/Portarian48109JUL2014Transiodetvanalgicaparadigital.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

CASTRO, Marcelo da Silva. *TV digital: do estado da arte aos desafios da implantação*. 2006. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/5080>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CAVALCANTE, Mara Cecília Maciel. *A implantação da TV digital no Brasil: as questões regulatórias e o hibridismo de linguagens na construção, produção e compartilhamento da informação audiovisual*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) –

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://ridi.ibict.br/bitstream/123456789/871/1/A%20IMPLANTA%C3%87%C3%83O%20DA%20TV%20DIGITAL%20NO%20BRASIL%20ok.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

FREITAS, Igor Vilas Boas de. *Televisão digital: que imagem terá o modelo brasileiro?* Brasília, DF: Senado Federal, Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2004. (Textos para Discussão, v. 18). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-18-televisao-digital-que-imagem-tera-o-modelo-brasileiro>. Acesso em: 12 jul. 2019.

GUNNINGHAM, Neil. Regulation: from traditional to cooperative. *RegNet Research Paper*, [Canberra], n. 91, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2666824>. Acesso em: 12 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. The new collaborative environmental governance: the localization of regulation. *Journal of Law and Society*, [Cardiff], v. 36, n. 1, p. 145-166, Mar. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2009.00461.x>. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/227559908\\_The\\_New\\_Collaborative\\_Environmental\\_Governance\\_The\\_Localization\\_of\\_Regulation](https://www.researchgate.net/publication/227559908_The_New_Collaborative_Environmental_Governance_The_Localization_of_Regulation). Acesso em: 12 jul. 2019.

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT; THE WORLD BANK. *Governance and the law*. Washington, DC: World Bank Group, 2017. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>. Acesso em: 12 jul. 2019.

JESUS, Carlos Moraes de. *Teoria responsiva na regulação pela Anatel sobre o serviço móvel pessoal 4G*. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10813/1/2015\\_CarlosMoraesdeJesus.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10813/1/2015_CarlosMoraesdeJesus.pdf). Acesso em: 12 jul. 2019.

KLIJN, Erik-Hans; KOPPENJAN, Joop. *Governance networks in the public sector*. London: Routledge, 2016.

KOLIBA, Christopher; MEEK, Jack W.; ZIA, Asim. *Governance networks in public administration and public policy*. Boca Raton, FL: CRC Press, c2011.

LEVI-FAUR, David. Regulation & regulatory governance. *Jerusalem Papers in Regulation & Governance*, Jerusalem, n. 1, p. 1-47, Feb. 2010. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/254908793\\_Regulation\\_Regulatory\\_Governance](https://www.researchgate.net/publication/254908793_Regulation_Regulatory_Governance). Acesso em: 12 jul. 2019.

LOPES, Denise Maria Moura da Silva. Sistema brasileiro de TV digital: caminhos percorridos e implantação. In: CONGRESSO NACIONAL DE HISTÓRIA DA MÍDIA, 5., 2007, São Paulo. *Anais* [...]. São Paulo: Intercom, 2007. p. [1-15]. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/encontros-nacionais/5o-encontro-2007-1/Sistema%20Brasileiro%20de%20Tv%20Digital%20Caminhos%20percorridos%20e%20implantacao.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

NASCIMENTO, Juarez Quadros do. Que ninguém fique sem o sinal de TV digital. *Convergência Digital*, [s. l.], 24 jan. 2018. Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&fom-info-index=21&infol=47014&sid=15>. Acesso em: 12 jul. 2019.

POSSEBON, Samuel. MCTIC adverte Anatel: destinação dos saldos de TV digital é política pública e deve ser cumprida. *Teletime*, [São Paulo], 15 jun. 2018. Disponível em: <https://teletime.com.br/15/06/2018/mctic-alerta-anatel-destinacao-dos-saldos-de-tv-digital-e-politica-publica-e-deve-ser-cumprida/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

STEFANELO, Marana Costa Beber. *O espaço público na TV digital de alta indefinição: o espaço público no contexto dos conceitos de regulação e separação de poderes – relações teóricas frente à discussão brasileira referente à digitalização da radiodifusão (TV digital)* [...]. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149001.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

# O papel da lei no século XXI à luz da cibernética

JAMIL CIVITARESE

ARMANDO N. G. L. MARTINS

**Resumo:** Com as novas tecnologias de comunicação, redes informais tornam-se ainda mais fluidas e aumentam os custos do Estado para evitar que a lei seja burlada por núcleos descentralizados. Baseado na teoria cibernética, este artigo propõe que, em última instância, a noção de lei seja instrumento disciplinador de uma ordem social bem-sucedida na relação entre o Estado e demais grupos centralizados. Caso contrário, a lei deve ser considerada somente um conjunto de incentivo entre outros fatores que influenciam a ação individual. Por meio de uma revisão da literatura sobre cibernética e complexidade, uma visão geral do movimento *cyberpunk* e estudos de casos de conflitos na governança de duas grandes *blockchains*, esboçamos a ideia de leis e políticas públicas como ferramentas para incentivar positivamente atores sociais em vez de discipliná-los.

**Palavras-chave:** Economia informal. Cibernética. Filosofia da lei. Direito e tecnologia. *Cyberpunk*.

## Cybernetics and legislation in 21th century

**Abstract:** Due to new communication technologies, informal networks become even more fluid and the costs for the state to enforce the Law upon decentralized entities increase. Based on the cybernetic theory, this paper discusses the Law as a disciplining instrument of social order successful only when shaping the relationship between the state and other centralized groups. Else, the Law should be considered just as a set of incentives among many other factors influencing individual action. Through a review of the literature on cybernetics and complexity, an overview of the cyberpunk movement, and case studies of clashes in the governance of two large blockchains, we sketch the idea of laws and policies as tools to incentive individual actors rather than to discipline them.

Recebido em 3/4/19

Aprovado em 3/6/19

**Keywords:** Informal economy. Cybernetics. Philosophy of Law. Law and technology. Cypherpunk.

## Introdução

Com o desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação, no século XXI emergem novas formas organizacionais, dotadas de maior capacidade democrática e de participação. No entanto, existe um descompasso, pois organizações informais e setores inovadores que se originam nesse contexto ficam à margem de leis anteriores. Uma consequência natural é a ocorrência de conflitos entre governos e novas tecnologias, assunto emergente na literatura jurídica com casos relacionados ao direito regulatório de modelos de negócios como Uber, Airbnb e similares.

Os conflitos entre paradigmas de lei e inovações digitais não se esgotam no campo da regulação. Novas organizações descentralizadas implementam, por meio de algoritmos, uma proposta alternativa para o que é uma lei: voluntária, baseada em incentivos positivos, e relativamente segura. Com base no desenho de incentivos, ferramentas tecnológicas como as *blockchains* assumem o papel de fomentar a ação de indivíduos de modo a criar estruturas independentes do Estado que garantam fé pública a informações e moedas. Essa abordagem tem origem no movimento *cypherpunk* e pode ser interpretada à luz de uma das teorias que influenciou esse movimento: a cibernética.

A cibernética tem como objeto de estudo sistemas de dinâmica recursiva, não linear e de difícil controle. As tecnologias de comunicação digital e suas estruturas organizacionais ainda a serem modeladas pelo Direito têm características de recursividade – portanto, é necessário estudo específico para que se desenhem leis e interpretações jurídicas efetivas. Neste artigo, buscamos a compreensão das novas dinâmicas orientadas pela literatura em cibernética e, como objetivo secundário, traçamos um panorama da pesquisa em complexidade, assunto afim que permite compreender como agentes individuais causam fenômenos de maior escala cuja dinâmica é repleta de não linearidades e de imprevisibilidade, e relacionar a ideia de lei como apenas mais um dos incentivos para indivíduos num sistema complexo.

A visão da lei como conjunto de incentivos não é nova para juristas. Com o advento da Análise Econômica do Direito, foi difundida a ideia de que devem ser avaliados por juristas e legisladores os custos de implementação de uma legislação e incentivos que distintos desenhos

legais podem gerar. Entretanto, no panorama *cypherpunk*, há conceitos de voluntarismo, e a lei funciona não apenas como regra a ser implementada sob um custo; há uma forte ênfase em robustez a ataques, captura e redução de custos. Nessa perspectiva, o Direito pode ser compreendido como um conjunto de regras de coordenação de agentes. Dada a natureza descentralizada das novas tecnologias, a cibernética e a complexidade trazem a vantagem de abordar diretamente essas entidades tanto macroscópica quanto individualmente; a lei seria apenas mais um elemento a interagir com um sistema de natureza não redutível ao comportamento dos agentes. Se há outros caminhos fora da lei e não é apresentada uma solução melhor, os indivíduos tendem a procurar outras soluções que não necessariamente a planejada por um legislador.

Iniciamos o artigo com uma discussão sobre os principais conceitos e aplicações de cibernética e complexidade nas Ciências Sociais, com foco no Direito. Em seguida, traçamos uma breve história do *cypherpunk* para compreender a perspectiva de lei que foi desenvolvida e seus paralelos com as possibilidades do Estado no século XXI. Após a análise do pensamento *cypherpunk*, aproveitamos a oportunidade criada com o advento da *blockchain* pública e suas implementações de transformar essas perspectivas teóricas sobre o papel de uma *lex cryptographica* (lei criptográfica) em estudo empírico. A criptomoeda EOS despertou grande atenção da comunidade envolvida em criptoativos por uma falha organizacional com forte repercussão no movimento *cypherpunk* sobre como incentivos dados pelo código importam para a sustentabilidade da tecnologia. Esse caso, experiências passadas e as discussões sobre o papel do código como ordenador do mundo das *blockchains* públicas configuram a terceira seção.

A quarta seção contextualiza os conceitos e lições empíricas delineados anteriormente numa

proposta normativa relativamente à função da lei no século XXI frente às novas tecnologias. Nessa seção, discutem-se propostas de autores recentes sobre as consequências das criptomoedas e *blockchains* como ferramentas institucionais. O objetivo é mostrar que o *cypherpunk* não é isolado dos debates sobre o Direito e que pode ser incorporado ao vocabulário do jurista. De maneira geral, esse discurso favorece a ideia de que a lei deve antecipar e fornecer incentivos para o *compliance* dos cidadãos. Relatamos que já há um cardápio de políticas e leis que seguem essa orientação. Após isso, chega-se a uma conclusão.

## 1 Cibernética e sistemas adaptativos complexos nas Ciências Sociais

De maneira simplificada, pode-se dizer que um sistema é adaptativo complexo quando a compreensão dos elementos – ou indivíduos, na esfera social – que o compõem falha em resultar no entendimento de seu funcionamento como um todo. Reduzir o sistema consiste em matar o objeto de interesse (MILLER; PAGE, 2007, p. 10). Da interação entre agentes individuais emergem padrões cuja natureza foge à simples definição das entidades que os despertam (MILL, 2011; HOLLAND, 1992). Um dos processos que leva a essa emergência surgiu na cibernética e tem o nome de auto-organização (ASHBY, 1947).

Um dos primeiros reconhecimentos de fenômenos sociais auto-organizáveis encontra-se na Economia e no estudo de mercados. Agentes individuais podem compartilhar peças de informações que levam a um comportamento social que seria impossível de reproduzir sem o uso eficiente dos conhecimentos dispersos entre os participantes (HAYEK, 1945). A estrutura emergente, os mercados, é extremamente robusta e tende a capturar entidades que, por mais fortes

e legítimas que sejam, não têm a mesma capacidade de adaptação. Uma delas, de acordo com Lindblom (1982), é o próprio governo, que teria uma relação de prisão com os mercados.

Hayek é um autor fundamental no uso do conceito de cibernética, em particular a auto-organização, como elemento central para compreender ordens sociais. Para o autor, a sociedade é um espaço onde os agentes tomam decisões com informações dispersas e aprimoram seu conhecimento por meio de mecanismos de *feedback*, dada uma estrutura social originada e alterada por um processo dinâmico – em que, no caso econômico, o sistema de preços é o principal veículo de transmissão de informações em larga escala (OLIVA, 2016). Em *Direito, Legislação e Liberdade*, Hayek (1985, p. 36) teoriza sobre os modos de formação de uma ordem social, aqui compreendida como uma condição em que vários elementos estão de tal modo relacionados que a apreensão de uma parte do todo oferece expectativas com probabilidade de serem corretas para o todo. A ordem social poderia ser gerada por *kosmos* (que seria formada pela interação das partes de maneira a criar uma organização geral não formulada pelas partes individualmente) ou *taxis* (que seria criada com base num desenho pensado sob uma visão holística do sistema). De certa maneira, o *kosmos* é uma teoria de complexidade para a sociedade.

A robustez das estruturas complexas de *kosmos* implica a impossibilidade de controle direto por entidades centralizadas. Para ser estável, um sistema dinâmico necessita de pontos atratores (HIRSCH; SMALE; DEVANEY, c2013). De certa maneira, a auto-organização na perspectiva da cibernética é uma propriedade que implica que os sistemas, quando sofrerem choques, terão pontos atratores na vizinhança dos choques. Não há grandes implicações normativas dessa perspectiva; porém, há a consequência de que, na presença de um choque, o sistema convergirá para uma solução se a propriedade de auto-organização permanecer. Entretanto, de maneira positiva, pode-se observar que um choque suficientemente grande num sistema definido por agentes sem coordenação central impõe que parte significativa deles deva ser atingida.

Desse modo, um conceito secundário a ser estudado é a robustez em face de ataques. Se assumirmos que a sociedade apresenta esse caráter, uma lei com *enforcement* insuficiente traz um choque pequeno, e a proximidade imediata do sistema após o choque leva a um equilíbrio similar, senão ao mesmo equilíbrio anterior. Uma lei cujos incentivos são burláveis apresenta o mesmo resultado, mas com maior custo. Um exemplo convencional seria o de mercados negros após uma proibição. O tráfico de drogas, nessa perspectiva, é realizado por organizações que realizam o comércio das substâncias proibidas, mas com custos de transação adicionais (MIRON; ZWIEBEL, 1995).

Para melhor entender as implicações desses conceitos para a ação da lei, precisamos definir lei como um choque direcionado a um sistema que tem comportamento autônomo. As unidades – ou, de uma perspectiva social, as organizações – desse sistema podem derivar sua robustez de dois elementos. O primeiro é uma diversificação de seus recursos entre subunidades e o segundo por uma interconexão fluida entre essas subunidades num formato de rede. O papel da diversificação é evidente, visto que mesmo organizações unitárias e formais, como uma multinacional, têm braços locais. Em uma crise numa subsidiária qualquer, há outras que podem compensar.

Contudo, o aspecto estrutural mais promissor relativo a choques está na fluidez da relação entre os componentes de uma organização. Quando se estrutura em redes, ela não apenas é mais robusta em face da queda de um elemento, mas também apresenta rotas secundárias de informação entre seus participantes. Por não depender de uma rota central de informação e recursos desproporcionalmente conectados – os chamados *hubs*, na teoria de redes –, uma organização torna-se menos sujeita a ataques<sup>1</sup>. Se o objetivo da lei for regular algo estruturado informalmente, deve ser tratada a noção da informalidade como instituição baseada em rede e em crenças coletivas atuando sobre muitos elementos individuais.

Há ao menos duas razões para a informalidade ser uma rede. Uma é o fato de, na ausência de instituições formais – afinal, elas foram proibidas –, redes emergirem naturalmente para substituir contratos formais; as redes criam conexões mediadas e levam a interações repetidas entre os participantes de um conjunto limitado (KALI, 1999). A outra razão é que, embora organizações centralizadas consigam surgir, se o papel da lei é cumprido, elas são mais facilmente combatidas. Nisso, há uma pressão evolutiva para organizações em rede mais resilientes, mesmo que mais ineficientes em custos e questões administrativas.

Pode-se concluir que, na própria natureza do que faz uma organização informal emergir, há estímulos para seu prosseguimento – a menos que a formalidade forneça direções e choques que a tornem obsoleta. Tomando um caso objetivo para exemplificar: a legalização das drogas pode trazer menor custo e limitar ou encerrar o papel de facções de narcotraficantes. Entretanto, uma legalização é um reforço para a direção da instituição informal, que é o consumo de drogas na sociedade. Se o objetivo for a redução do consumo das drogas, uma política de legalização por si é indesejável. Nesse caso, a solução é ou oferecer motivos para a organização preferir um caminho formal ou retirar incentivos para elementos descentralizados darem suporte. Medidas na direção de saúde pública e

---

<sup>1</sup> Ver Tanizawa, Paul, Cohen, Havlin e Stanley (2005).

campanhas visando criar normas sociais contrárias às drogas são mais benquistas sob o prisma da complexidade.

Com o advento de novas tecnologias de comunicação, são reforçadas as estruturas de rede em instituições a serem reguladas pelo Direito. A tecnologia de redes sociais ou as *peer-to-peer* tendem a reduzir *hubs*. Castells (2015) afirma que a internet possibilitou a formação de redes que combatem estruturas formais consideradas injustas pela população. De fato, há a forte evidência de que a internet é capaz de aumentar a participação política (BOULIANNE, 2017). A redução de intermediários causou um grande incremento nos fluxos de informação, e impactos são vistos em movimentos sociais internacionais que adotam uma estrutura mais fluida (BONILLA; ROSA, 2015).

Embora não possa ser desprezado o impacto de tecnologias nas organizações de resistência, há também a possibilidade de essas ferramentas serem utilizadas por criminosos (DE FILIPPI; WRIGHT, 2018). Mesmo não envolvendo o mais moderno aparato de descentralização, basta uma organização centralizada resolver enfrentar o governo para haver probabilidade de problemas. No Brasil houve recentemente bloqueios do WhatsApp, tecnologia fornecida pela empresa Facebook, em virtude de a organização ter-se recusado a fornecer dados para investigações policiais. As decisões foram revertidas, mas mostram tensões e desalinhamentos entre empresas de tecnologia e Estados, mesmo em assuntos fundamentais como o combate a crimes. Via de regra, é possível mostrar que as tecnologias de comunicação incrementam a eficiência de organizações informais, mas não há consenso sobre como evitar que grupos maliciosos se aproveitem disso.

No uso de tecnologias descentralizadas, não haveria a quem processar para evitar usos escusos. Uma criptomoeda como o Bitcoin tem sua

segurança garantida em organizações localizadas na China<sup>2</sup>, sendo necessária uma parceria internacional para interrompê-la. As *blockchains* agravam o considerado por Johnson e Post (1996) para a internet: as fronteiras das novas tecnologias de comunicação funcionam diferentemente das legais. Sem forte controle de capitais, o banimento de *exchanges* brasileiras seria improdutivo; afinal, bastaria operar o dinheiro de fora do País para entrar no mercado. Impor sanções para instituições formais não receberem esse dinheiro seria algo ineficiente, pois mesmo as instituições formais são relativamente numerosas.

## 2 A noção de lei no Estado e a alternativa *cypherpunk*

As instituições informais podem usar tecnologias de maneiras não previstas mais rapidamente que a capacidade de resposta das organizações formais. Uma sociedade segue um importante ritual para a formação de leis, no qual mais importante que a velocidade são as questões de legitimidade, que tomam tempo. O processo regulatório, se não capturado (DAL BÓ, 2006), pode dar margem à deliberação sobre os objetivos de uma sociedade a respeito de determinado setor. Apesar de nem sempre justificada sob a perspectiva econômica, a discussão sobre o objetivo de uma regulação tem espaço se é assumido um valor para o processo deliberativo numa democracia (CHAMBERS, 2003). O processo deliberativo ótimo, porém, resulta de tempo para a deliberação e de diversas instituições agindo conjuntamente.

---

<sup>2</sup> Esse é um vetor de ataque às criptomoedas pelo governo chinês; porém, para o Brasil e outras nações há poucas possibilidades. Para maior compreensão sobre o algoritmo de consenso adotado por essa criptomoeda, o motivo de investidores interessados em garantir segurança estarem na China e os riscos dessa operação, ver Kaiser, Jurado e Ledger (2018).

Uma alternativa é dada pelo movimento *cypherpunk*, um grupo de ativistas que advogam o domínio de técnicas informacionais e criptográficas como ferramenta de ação. Esse movimento busca maximizar tanto a ausência de regulação centralizada na internet, quanto o maior direito de quem quiser resguardar-se sem expor seus dados a empresas ou governos. Essa perspectiva encontra ecos tanto na teoria social (em autores como Hayek), quanto na literatura aplicada de Direito. De maneira geral, essa ideologia é um estudo de caso apropriado de como um movimento social atua com influências da cibernética.

Na teoria social de Hayek (1985), há paralelos entre propostas do Direito e as formas de se estabelecer uma ordem social. O *nomos* (HAYEK, 1985, p. 140-141) seria a lei advinda da regularidade de interação dos agentes perseguindo seus próprios fins, o “direito construído” e formado nos tribunais para trazer segurança jurídica, pacificação de conflitos e proteção a instituições civis surgidas no seio da sociedade de modo espontâneo. O *nomos* seria associado ao *kosmos*. A *thesis* (HAYEK, 1985, p. 168-169), por sua vez, associada à *taxis*, seria o “direito criado” por um sistema legislativo para gerar efeitos específicos antes não existentes sobre os processos sociais anteriormente espontâneos. As *thesis* teriam a natureza de comando de execução de atos específicos. Hayek (1985) vê com termos críticos a sistematização de direitos criados com essa natureza de *thesis*, uma vez que as informações sobre as necessidades dos agentes dependem justamente da espontaneidade da tomada de decisão deles.

O *cypherpunk*, assim como Hayek, tende a aceitar que a lei deveria ser mínima, imposta apenas com o intuito de regular normas organizacionais e sistemas fundamentais que viabilizariam a interação dos agentes na sociedade. Para minimizar instabilidades e expansões não consensuais, sempre deve valer apenas o que está estabelecido em código, havendo o que chamam de *the code is law*. Isso leva a uma discussão importante sobre o Direito da internet. Lessig (1999) defende que, num mundo onde “o código é a lei”, há problemas com a lei real se o código não for desenhado devidamente. Dessa maneira, Lessig (1999) é partidário da hipótese de que devemos regular a internet para evitar que governos ou empresas com tendências autoritárias ditem valores por dominarem uma parte cada mais relevante do mundo – o mundo virtual. Por sua vez, Post (2000, p. 1.456) argumenta que é desejável que as pessoas façam escolhas políticas individualmente e decidam sobre qual arquitetura ou informação acessar. Limitar essa questão por uma deliberação política coletiva significaria impor fracasso a alternativas que não necessariamente seriam danosas ou violariam algo. Em relação a Lessig no debate, Post assume uma perspectiva mais libertária – uma confluência com o movimento *cypherpunk*, portanto.

Contudo, esse movimento começou de fato com a percepção da necessidade de agir para preservar a segurança de dados de natureza privada. Iniciativas pioneiras são encontradas em David Chaum durante a década de 1980. As primeiras contribuições teóricas envolviam sistemas não rastreáveis de transmissão de correios eletrônicos (CHAUM, 1981) e transações financeiras (CHAUM, 1983). Com base nos trabalhos, as perspectivas sociais da “computadorização” das informações apresentaram a discussão sobre o aumento da vigilância do Estado, e a criptografia passaria a ser vista como parte vital da sociedade para manter a segurança e a privacidade de indivíduos e organizações em face de governos intrusivos. Nesse sentido, a criptografia seria usada para tornar o “grande irmão” obsoleto (CHAUM, 1985).

Com a crescente formação de grupos de discussão fundada nos ideais de criptografia como meio de resistência civil e privacidade no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, o termo *cyberpunk* surgiu em reuniões pessoais de entusiastas na área de São Francisco para definir o movimento – um jogo de palavras entre o decodificador *cypher* e o gênero estético futurista *cyberpunk*, popular nos anos 1980. No mesmo contexto, foi lançada em 1990 a Electronic Frontier Foundation, uma organização da sociedade civil especializada em defender liberdades civis no ciberespaço. Em 1993, o movimento lançou um primeiro manifesto de caráter normativo, o *Cyberpunk's Manifesto* (HUGHES, 1993), segundo o qual a privacidade é o direito pessoal de revelar informação de qualquer natureza apenas para pessoas desejadas pelo fornecedor. Esse direito seria uma proteção contra a vigilância de Estados e corporações, e a criptografia seria uma via para garantir esse direito com base em iniciativas locais e de baixo para cima, ao mesmo tempo em que se busca contornar tentativas de restrições e regulações

da tecnologia. Com essa perspectiva explicitada no texto, fica claro que o *cyberpunk* responde a um problema de teoria social *nomos* contra *thesis*, mas com forte cunho prático.

A criptografia como estratégia *cyberpunk* de resistência civil ganhou contornos mais radicais com o advento da noção de criptoanarquismo, do *Crypto Anarchist Manifesto* (MAY, 1992). Nesse manifesto, a noção de criptoanarquia envolve o resgate de conceitos do anarquismo individualista norte-americano para tratar do Estado como entidade ilegítima. A encriptação de informações, nesse contexto, viabilizaria a formação de um mercado on-line irrestrito em regulações estatais que se baseariam num sistema de reputações, e a longo prazo seria responsável pela erosão do Estado e de institutos ligados a ele, como a propriedade intelectual. Essa abordagem anarquista dos *cyberpunks* recebeu chancela de movimentos dentro do anarquismo, como exemplo de desenvolvimento da chamada “contraeconomia” advogada por Konkin III (1995), influenciada não só pelo anarquismo individualista como pelo liberalismo clássico da escola austríaca de economia e da nova esquerda norte-americana dos anos 1960.

A partir dos anos 1990, desenvolveram-se tecnologias práticas para a difusão de métodos *cyberpunk* para o grande público. Com base nas ideias de transações financeiras criptografadas por Chaum (1983), em 1989 o próprio desenvolvedor funda a DigiCash Inc., empresa que visava à criação de um sistema de pagamentos digitais criptografados, irastreáveis pelo banco emissor, o Estado ou quaisquer terceiros alheios à transação, tendo a primeira transação sido efetuada em 1994.<sup>3</sup> Contudo, essas tecnologias ainda dependiam de centralização numa entidade coordenadora de transações. Em teoria, a descentralização seria inviabilizada pela falta

<sup>3</sup> Ver World's... (1994).

de confiança na transmissão das informações, que podem ser perdidas no caminho ou sofrer ataques de agentes maliciosos (GRAY, 1978).

A solução prática desse problema fundamental deu-se com o lançamento do Bitcoin por um programador sob o pseudônimo Nakamoto ([2008]). Combinando vários *insights* de outros projetos *cyberpunk* anteriores<sup>4</sup>, o Bitcoin surgiu num momento específico de contestação do sistema financeiro vigente em meio à crise de 2008. Há registros de discussões entre o próprio Nakamoto e a comunidade Bitcoin em torno de conceitos da escola austríaca de economia; há também a manchete do jornal *The Times* sobre o anunciado socorro do governo do Reino Unido a bancos próximos de quebrar ironicamente registrada no primeiro bloco de Bitcoin minerado.<sup>5</sup> Com o Bitcoin, viabilizava-se tanto a criação de uma criptoeconomia que não dependesse de intermediários como bancos para as transações, quanto o arquivamento de mensagens imunes a alterações e censura.

Dessas características advém o que Szabo (2017) conceituou como escalabilidade social. Pela irreversibilidade do Bitcoin, haveria condições para indivíduos confiarem na tecnologia independentemente do número de participantes. As *blockchains*, apesar de ineficientes computacionalmente, além de altamente redundantes, são uma estrutura tecnológica que independe de confiança e permite maiores interações entre desconhecidos. Esse conceito é evocado no pensamento *cyberpunk* pelo paradigma de maior escalabilidade social, necessária para repor instituições anteriores, e é análogo a uma discussão de como implementar um ambiente mais regido pelo *nomos* que pela *thesis*, na perspectiva de inspiração cibernética de Hayek.

---

<sup>4</sup> Para uma genealogia detalhada do projeto, ver Martins (2016).

<sup>5</sup> Ver Champagne (2014).

As inovações financeiras não foram o único foco entre os *cyberpunks*. Há também inovações que incentivam o compartilhamento de arquivos digitais sem intermediários, como o Napster, desenvolvido em 1999, e o BitTorrent, de 2001. Essas tecnologias causaram grande polêmica ao permitirem a violação de propriedade intelectual; contudo, o caráter libertário do *cyberpunk* rejeita isso como um problema e fornece uma alternativa jurídica economicamente viável: o *copyleft* em vez do *copyright*.<sup>6</sup> De maneira genérica, há novamente uma proposta em que a criação é percebida de maneira orgânica e ligada a uma comunidade, e intervenções governamentais violam esse equilíbrio emergente da ação individual.

Uma terceira tecnologia notável é o TOR, navegador de internet que tem a propriedade de embaralhar o endereço IP dos usuários e criptografar o endereço de sites, possibilitando acesso à informação de maneira anônima, sem ser observado por governos e provedores de internet. Há também notáveis iniciativas diretas de contestação de políticas de Estado atribuídas ao movimento *cyberpunk*. Em 2006, o ativista Julian Assange lançou o WikiLeaks, site especializado em vazamento de documentos públicos secretos de governos do mundo todo. Num movimento similar, em 2013 o ex-agente da CIA Edward Snowden revelou ao público detalhes do sistema de *cyberespionagem* do governo norte-americano contra cidadãos e governos estrangeiros, em cooperação com outros quatro países (Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e Canadá), que ficou conhecido como The Five Eyes.

Nessas iniciativas é possível perceber certa sinergia, isto é, os projetos reforçam-se rumo a um objetivo fundamental, que é o desenho de instituições descentralizadas e robustas em face de ataques por governos, que não necessaria-

---

<sup>6</sup> Ver Mustonen (2003).

mente serão benevolentes. Numa perspectiva acadêmica, o paradigma de economia política robusto (COWEN, 2016) aproxima-se do ideal *cypherpunk* de favorecer instituições robustas imunes a ataques. Quando vemos a exegese do pensamento *cypherpunk*, encontramos no caso da *blockchain* a necessidade de proteger-se de agentes maliciosos que possam dominar a rede. O paradigma de economia política robusta define-se com a analogia a um conjunto de técnicas estatísticas que evitam contaminar resultados de estimação com *outliers* e outros dados defeituosos. Diz Cowen (2016, p. 422, tradução nossa) que “as estatísticas robustas são desenhadas para lidar com erros de medição, ao passo que instituições robustas são desenhadas para lidar com (erros em) ações políticas que não conduzem ao bem comum”. Nesse ferramental analítico, deve-se comparar o *worst-case scenario* de todos os desenhos institucionais e optar pelo menos falho normativamente.

Há, dessa forma, um paralelo entre o *cypherpunk* e uma linha de pensamento em economia política voltada para o desenho de instituições formais resistentes. De acordo com a exegese, há um forte elemento libertário no pensamento *cypherpunk*, dada sua relação com vertentes anarquistas favoráveis ao livre mercado numa forma mais extrema. A resistência a governos e a grandes grupos empresariais capazes de exercer poder é a grande motivação desse pensamento. A economia política robusta, por sua vez, estimula instituições formais que limitem o exercício de poder desses agentes. A motivação *cypherpunk* relaciona-se com a vida cotidiana do cidadão comum, ao passo que a motivação da economia política robusta se encontra no nível governamental. Entretanto, mesmo com a diferença na unidade alvo, o objetivo é evitar ações políticas maliciosas sobre a população ou sobre uma organização útil à população.

### 3 Resolução de conflitos sob as regras do *cypherpunk*

Com o advento das *blockchains* públicas e criptomoedas, há diversas propostas de aplicações descentralizadas tocadas por desenvolvedores ligados ao *cypherpunk*. Por se tratar de tecnologias ainda experimentais, falhas e imprevistos ocorrem e, por se tratar de sistemas descentralizados, há uma dinâmica de resolução de problemas mais baseada em acordos entre os participantes da rede. De Filippi e Loveluck (2016) argumentam que, além de existir a governança garantida pela estrutura tecnológica, há uma governança sobre a estrutura tecnológica. Há barganhas constantes entre desenvolvedores e demais *stakeholders*, em particular os mineradores que proveem segurança para a rede em troca de bitcoins, sobre os rumos da tecnologia em redes como a *blockchain* do Bitcoin.

Quando não há consenso, novas redes são criadas. E atualmente existe um grande número de criptomoedas em decorrência das inúmeras visões sobre o que uma criptomoeda poderia fazer; entre elas, um projeto lançado com grande entusiasmo em 2018: a EOS. Essa rede foi desenvolvida pela empresa Block.one. Liderada por Dan Larimer, veterano do ecossistema *blockchain* e responsável por dois projetos considerados bem implementados apesar de não atingirem grande valor (BitShares e STEEMIT), essa empresa começou um ambicioso projeto de captação de recursos em junho de 2017. Esses recursos, que totalizaram quatro bilhões de dólares, seriam usados para o desenvolvimento e o financiamento da rede, a ser lançada em 1º de junho de 2018. Nesse período, a criptomoeda ainda não lançada chegou a ser a quinta maior em capitalização de mercado (HISTORICAL..., 2018).

No entanto, uma série de incidentes forçou o atraso no lançamento da rede e fez minguar rapidamente esse valor (CIVITARESE; MENDES, 2018). No dia 29 de maio, foram encontradas falhas críticas na criptomoeda (VARSHNEY, 2018a); outras recompensas a *hackers* que buscavam *bugs* na plataforma também foram concedidas. Nesse meio tempo, ocorreu o roubo de acesso a e-mails ligados à Block.one, e diversos *tokens* EOS também foram roubados por meio de esquemas de *phishing* – ou seja, estelionato eletrônico (VARSHNEY, 2018b). Entretanto, sob a perspectiva *cypherpunk*, esses episódios foram menores se comparados ao principal, fortemente criticado por membros mais antigos e radicais da comunidade; a Block.one outorgou uma “constituição” para dirimir disputas entre *players* na rede. Esse evento configura um estudo de caso para o conflito *nomos* e *thesis* num ambiente onde os incentivos e a cultura da comunidade foram feitos para não dependerem de *thesis*.

Um sistema de disputas definido unilateralmente apresenta a faceta mais autoritária da

política para o mundo das criptomoedas. A governança sob o sistema da EOS é, analogamente ao Bitcoin, uma relação direta entre agentes com diferentes opiniões e objetivos. Há os desenvolvedores, liderados por Larimer e pela Block.one, e investidores que votam em intermediários chamados *block producers*, os quais tendem a remunerar os votos que recebem, mas no curto prazo têm alto poder e potencial de barganhas similares a cartéis. Com as falhas da EOS, uma negociação entre esses *players* relativamente aos custos de memória RAM inflacionou a base monetária da criptomoeda sem o acordo dos participantes da captação de recursos da EOS, tornando-se fonte de insegurança econômica e jurídica (AMMOUS, 2018).

Mesmo com as falhas técnicas descritas (e outras mais) no lançamento da EOS, para muitos o golpe de misericórdia veio quando os *block producers* e a câmara de arbitragem da EOS congelaram contas por supostas violações da “constituição” (COLEMAN, 2018), violada também pelos próprios *block producers* (WILMOTH, 2018). As contas foram acusadas de estar envolvidas em atividades de *phishing*. De acordo com a arbitragem, se não fossem travadas, as contas sairiam tranquilamente do roubo. O fracasso da efetiva descentralização para usuários e a inflação levaram a uma reação de Nick Szabo – influente *cypherpunk* e que tomamos como representante de um pensamento contrário à ação de entidades centralizadas, uma vez que o código está estabelecido<sup>7</sup> – e de outros envolvidos no movimento *cypherpunk*. Szabo (2018, tradução nossa) critica fortemente essa estrutura:

---

<sup>7</sup> Szabo foi responsável por alguns dos conceitos mais usados tanto para desenvolver *blockchains* (ver o Bitgold, descrito em Szabo (2008)), quanto para explicá-las (ver o conceito de escalabilidade social em Szabo (2017)). Seu papel em definir um pensamento político relativo à governança de criptomoedas é reconhecido por desenvolvedores como Zamfir (2019).

No EOS alguns completos desconhecidos podem congelar o que usuários pensariam que era seu dinheiro. Sob o protocolo EOS, você deve confiar numa organização “constitucional” composta por pessoas que você provavelmente nunca conhecerá. A “constituição” EOS não é escalável socialmente e é um buraco na segurança da plataforma.

Os valores de descentralização e robustez em face de um agente central estão presentes. A princípio, a decisão da EOS tinha sido tomada para evitar que houvesse roubos; porém, no *cypherpunk* mais estrito há a ideia de que “o código é a lei” (*the code is law*). Esse princípio foi debatido em 2015 no maior *hack* de uma plataforma *blockchain* até então. Um projeto de organização descentralizada autônoma para decisões de financiamento de pesquisa em aplicativos para a *blockchain* da criptomoeda Ethereum foi *hackeado* em 3,6 milhões de *ethers*. Atualmente esse valor estaria na casa da dezena de bilhões. Rapidamente, o time de desenvolvedores mais importantes da rede congelou a conta do roubo e devolveu os recursos para os investidores iniciais. Entretanto, houve a defesa de que, na verdade, o *hacker* responsável pelo ataque não estaria errado. Szabo (apud ZAMFIR, 2019), por exemplo, defendeu que deveria ser lei o que está no código.

No mundo das criptomoedas, quando há disputas irreconciliáveis, em vez de eventos que levem incerteza para uma rede, ocorre a separação da rede em duas que compartilhem o mesmo passado; há uma bifurcação na história da *blockchain*. Esse evento, chamado *hard fork*, é considerado perigoso, dada a divisão de valores entre investidores, de poder de mineração entre os grupos especializados nessa atividade e de desenvolvedores entre os projetos. A disputa sobre qual a natureza do código – regra absoluta ou apenas mais uma ferramenta para coordenar incentivos – numa organização *cypherpunk* foi tão grande que ocorreu um *hard fork*, dividindo o projeto em dois: Ethereum e Ethereum Classic. Na Ethereum, que contava com o criador do projeto, Vitalik Buterin, restituiu-se o que foi roubado. Na Ethereum Classic, o *hacker* foi bem-sucedido.

Diante desses fatos, é perceptível que virou um embate entre definições políticas a disputa sobre a reação a uma falha de código que permitiu um ataque. As tensões políticas resolveram-se por direitos de saída, em vez de pura disputa de poder na comunidade. Szabo (2018) não nega que haja política na gestão de uma criptomoeda, mas defende que essa política não pode atingir os que tenham sido alienados<sup>8</sup> das decisões na instituição tecnológica; a instituição tem regras e elas estão estabeleci-

---

<sup>8</sup> Szabo (2017) discorre sobre como a *blockchain* não é condição suficiente para: 1) assegurar a verdade; 2) a ausência de poder político; e 3) a ausência de necessidade de confiar em desenvolvedores e mineradores (análogos a *policymakers*).

das *ex-ante*. De acordo com Szabo (2017), essas regras devem estar dadas explicitamente com o objetivo maior de evitar perda da escalabilidade social. Estabelecer que “o código é a lei” é uma maneira eficiente de garantir isso. Ele não nega a eventual necessidade de *hard forks*<sup>9</sup>, mas afirma que eles trazem riscos.

A instância formalmente oposta a *hard forks* não é uniformemente aceita pela comunidade *cypherpunk*. No âmbito da criptomoeda Ethereum – terceira maior em capitalização de mercado e a maior com capacidade de rodar aplicativos distribuídos e robustos a censura –, o desenvolvedor Zamfir (2019) faz uma leitura radical do pensamento de Szabo e argumenta que a visão estrita de evitar *hard forks* é indesejável para o ambiente criptoeconômico. Esse autor enfatiza que desenvolvedores de uma plataforma *blockchain* têm incentivos para evitar conflitos com a lei real. A ideia de evitar *forks* não técnicos pode expor desenvolvedores<sup>10</sup>, por exemplo. A própria ideia de uma lei automatizada paralela é considerada agressiva por Zamfir.

Além dessas considerações, o ponto nevrálgico é que possivelmente alguma adaptatividade no uso da lei seria importante para incentivar inovações. Zamfir (2019) relembra que Nick Szabo foi radicalmente contra o Ethereum no evento do seu *hard fork*, dando razão para o time do Ethereum Classic; no entanto, o Ethereum e seu time original de desenvolvedores obtiveram maior sucesso em desenvolver inovações. Além dessa questão inicial, Zamfir defende maiores interfaces do mundo das *blockchains* públicas com sistemas legais existentes e, também, espaço

para o político nos debates sobre códigos. Dessa maneira, é possível ver que há vozes relevantes e dissonantes dentro do próprio espaço de discussões *cypherpunk*.

Entretanto, é possível argumentar que algum espaço para falhas sem punições extremas gera incentivos para desenvolver projetos mais ambiciosos; por conseguinte, há visões intermediárias. Sande (2018) sugere o uso de algoritmos, seguindo Szabo, para garantir maior adaptatividade ao sistema, conforme defende Zamfir (2019). Apesar de não entrar na relação entre a lei das instituições formais e a lei do código, a *lex cryptographica* proposta por Sande dispõe sobre a criação de fundos – seja voluntariamente, seja numa espécie de criptoimposto em sistemas de consenso alternativos –, que, no caso de uma falha inesperada num projeto massivo, levaria a *bailouts* automatizados. Essa proposta não foi executada, mas demonstra que há espaço para sínteses de visões distintas em organizações *cypherpunks*.

#### 4 Intersecções entre a prática *cypherpunk* e o Direito

No discurso *cypherpunk* a respeito de falhas em códigos, é possível mapear três posições. Todas rejeitam a ideia de uma ordem social sem o uso da tecnologia descentralizada; porém, a relação entre as novas ferramentas e as instituições formais é conflitante. Num extremo, há a perspectiva de Szabo, para quem algumas das instituições tecnológicas devem ter como princípio normativo a escalabilidade social, com implicações a respeito de maximizar segurança jurídica. Do outro, Zamfir (2019) contesta esse princípio e mostra que há o objetivo de as ferramentas se integrarem positivamente ao mundo. Ainda que características como resistência a censura e “pseudonimidade” sejam intrínsecas a *blockchains* bem desenhadas (DE

<sup>9</sup> Eventualmente há a necessidade de *hard forks* consensuais para atualizações relevantes para uma *blockchain*. Nesse caso, todos os mineradores atualizam o código e a *blockchain* que usava o *software* antigo morre, mantendo apenas um lado da bifurcação.

<sup>10</sup> *Privacy coins* ligadas à maior privacidade, como a Monero, evitam isso ao manterem grande parte de seus desenvolvedores sob pseudônimos.

FILIPPI; WRIGHT, 2018), há a preocupação com *compliance* e com o uso da *blockchain* como reforço para um império da lei.

A perspectiva de Szabo é disruptiva e baseia-se na adoção por uma população. Seu objetivo é a validade do código para atrair pessoas sem necessidade de confiança. Perspectivas anarcoidividualistas do *cyberpunk* evidenciam-se nessa ideia: a clareza de regras reduz a necessidade de um intermediário que possa vir a ganhar poder simplesmente para assegurar algo. Isso reduz riscos de interceptação e “vigilantismos”, por exemplo. Essas preocupações não são desacopladas do debate jurídico convencional. Post (2002) tece argumentações similares para a internet. Para o bem e para o mal, a internet efetivamente se mostrou difícil de controlar, interagindo com uma série de sistemas políticos e numa escala que favorece a complexidade e a dificuldade de regulação. Mais genericamente, sua proposta não é distante de uma veia anarquista – *cyberanarchy* – como descrita em seu texto. Numa perspectiva aplicada, Cowen (2018) defende que idealmente as *blockchains* podem vir a ser uma ferramenta de diversificação institucional independente do governo. Para isso, uma perspectiva similar à de Szabo, com a maior independência possível da política, pode vir a ser desejável.

Zamfir (2019), por ser um desenvolvedor de criptoativos, também se importa com essas questões. Entretanto, ele aceita que estruturas já consolidadas sejam atuantes no ecossistema de que as instituições tecnológicas participam. Com a ênfase no *fork* do Ethereum, ele mostra uma certa predisposição a aceitar *forks* por razões de comunidade. Essa comunidade, como ele enfatiza, apresenta elementos políticos, incluindo os formais. Nesse pensamento, há ecos das ideias de regulação discutidas por Lessig (1999) no começo da internet e por De Filippi e Wright (2018) no contexto das *blockchains* públicas.

Entre os dois, há um lado que enfatiza a ideia de códigos relativamente independentes, mas com ideais mais comunitários que estritamente baseados em segurança jurídica e escalabilidade social via imutabilidade de regras. Similarmente a Posner e Weyl (2018), Sande (2018) propõe mudanças que, ao mesmo tempo, visam a regras desejáveis para a comunidade e refletem uma normatividade alheia à tecnologia. Vale notar que, mesmo com forte caráter normativo, chegando a aproximar-se de um “imposto”, a proposta resolve as disputas de maneira automática. Uma vez explicitada a regra, ela formaria a norma política. Semelhantemente ao argumento de Cowen (2018), uma nova regra pode ser rejeitada via *exit rights*, a regra de Sande (2018), que vem para evitar *hard forks*. É uma proposta de mercado, mas voltada para manter a comunidade. Se há concordância inicial, cria-se uma instituição que barganha com as partes interessadas e fornece incentivos para a coesão.

As três perspectivas são, de certa maneira, pautadas na modificação do *nomos* hayekiano. A distinção entre elas é a aceitação da complementaridade com o atual sistema baseado em *thesis*. Há alguma heterogeneidade no *cyberpunk* relativa tanto às preferências quanto às referências jurídicas com as quais dialogam; contudo, de maneira geral, numa perspectiva hayekiana, há uma evidente preocupação com a organicidade do processo. Por um lado, Szabo enfatiza a segurança jurídica como fator de atratividade frente ao desconhecido causado por ser uma nova tecnologia. Há a preocupação evidente de ser mais escalável socialmente. De certa maneira, Zamfir (2019) pretende que haja integração para reduzir os custos de transação entre *frameworks* institucionais, além de flexibilidade e espaço para debates democráticos. Por fim, Sande (2018) propõe uma abordagem algo híbrida, que não nega o papel de interação

política com a comunidade, mas enfatiza uma solução baseada na própria tecnologia para evitar paralisias decisórias e controle político.

Por vezes, mudanças tecnológicas têm caráter repressivo, como instalação de câmeras, mas as contribuições *cyberpunks* são sujeitas a restrições dadas pela saída livre de agentes, de maneira que contam com forte caráter voluntarista. Há, no cardápio de políticas públicas, soluções com esse perfil. No Brasil, a implementação de uma nota fiscal que remunera consumidores participantes incentiva-os a disciplinar estabelecimentos no atendimento dessa requisição. Desse modo, os consumidores motivados por uma lei com incentivos compatíveis agem em conjunto com o Estado para evitar sonegação. A literatura de incentivos convencional – e, mais recentemente, psicologia social via *nudges* – traz possibilidades de ações voluntárias que devem ser incorporadas ao debate do Direito, sob pena de novas perspectivas tecnológicas para a lei se tornarem mais atrativas que o próprio Estado.

## Conclusão

Partindo da conceituação da sociedade como sistema adaptativo complexo, neste artigo argumentamos que a lei deve ser compreendida não somente em relação a um indivíduo, mas também em relação aos padrões que emergem das interações entre indivíduos. Ao contrário de uma metonímia, é impossível entender o todo ao se ter somente uma parte. Nisso, defendemos que a regulação de organizações informais e atividades descentralizadas tende a ser incompleta se baseada na ideia de que basta ao Estado usar seu aparato legal e repressivo para direcionar segmentos da sociedade rumo à direção ditada pela legislação. A lei precisa de novas perspectivas para contemplar a fluidez dos indivíduos e suas relações com as novas tecnologias.

Há uma série de lições para o Direito que podemos tirar da cibernética e de movimentos fortemente inspirados por seus conceitos, como o *cyberpunk*. A primeira lição é que, em paralelo com a teoria social de Hayek, uma ênfase maior em soluções alinhando os incentivos dos diversos participantes de uma sociedade ou de um setor regulado pode ser superior a uma estratégia puramente repressiva. Ao se adicionarem legitimação e incentivos positivos por meio de um desenho institucional mais orgânico, há maior robustez em face de ataques ao sistema. Com base na ideia de robustez, defendemos que legisladores devem formular políticas públicas considerando diversos incentivos para a ação individual e que o papel da lei é legitimar e reforçar algumas dessas tendências naturais como *nomos*, em vez de pairar sobre todos os elementos que indivíduos já consideram por si na forma de *thesis*.

Nossos estudos de casos mostram, contudo, que não é trivial desenhar incentivos em questões em que consensos sociais são necessários. A segunda lição é que contingências e preferências heterogêneas podem levar à impossibilidade de um consenso a respeito de temas como drogas ou aborto. Há, nesse ponto, uma limitação da cibernética em fornecer uma resposta única para a questão. No artigo, apresentamos que há diversas opções inspiradas na cibernética e em suas aplicações *cyberpunk* para lidar com conflitos e diferenças nas preferências dos cidadãos, as quais vão de uma melhor formulação de incentivos a um maior localismo no desenho da lei, buscando heterogeneidade nas governanças. De maneira geral, o que todas essas possibilidades têm em comum é a rejeição da imposição pura e simples como solução, já que os postulados da cibernética e da complexidade indicam que a eficácia de medidas coercitivas tende a diminuir com as novas tecnologias de informação e comunicação.

Podemos concluir que a comunidade *cyberpunk* tem objetivos similares aos discutidos de maneira positiva e normativa por comunidades mais integradas à sociedade civil. Seus casos e debates configuram conhecimentos que podem ser incorporados ao discurso relativo às leis, segurança jurídica e democracia numa organização descentralizada. No século XXI, a tendência é a sociedade ser cada vez mais permeada pelas tecnologias que fomentam redes; portanto, as lições de grupos que as desenvolvem – e estão umbilicalmente relacionados à sua gestação como instituições – podem ser de grande valia para os estudiosos de regulação.

### Sobre os autores

Jamil Civitarese é mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Administração Pública na FGV, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduado em Economia pelo IBMEC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; *head of research* da Polvo Capital, São Paulo, SP, Brasil.  
E-mail: jamilkpc@gmail.com

Armando N. G. L. Martins é mestre em Economia pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, RJ, Brasil; graduado em Direito pela UFF, Niterói, RJ, Brasil; perito técnico especializado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
E-mail: martinsarmando@outlook.com

### Como citar este artigo

(ABNT)

CIVITARESE, Jamil; MARTINS, Armando N. G. L. O papel da lei no século XXI à luz da cibernética. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 171-189, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p171](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p171)

(APA)

Civitarese, J., & Martins, A. N. G. L. (2019). O papel da lei no século XXI à luz da cibernética. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 171-189. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p171](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p171)

### Referências

AMMOUS, Saifedean. Can cryptocurrencies fulfil the functions of money? *The Quarterly Review of Economics and Finance*, [s. l.], v. 70, p. 38-51, Nov. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.qref.2018.05.010>.

ASHBY, W. Ross. Principles of the self-organizing dynamic system. *The Journal of General Psychology*, [s. l.], v. 37, n. 2, p. 125-128, 1947. DOI: <https://doi.org/10.1080/00221309.1947.9918144>.

BONILLA, Yarimar; ROSA, Jonathan. #Ferguson: digital protest, hashtag ethnography, and the racial politics of social media in the United States. *American Ethnologist*, [s. l.], v. 42, n. 1, p. 4-17, Jan. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1111/amet.12112>.

BOULIANNE, Shelley. Revolution in the making? Social media effects across the globe. *Information, Communication & Society*, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 39-54, July 2017. DOI: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2017.1353641>.

CASTELLS, Manuel. *Networks of outrage and hope: social movements in the internet age*. 2nd ed. Cambridge, UK: Polity Press, 2015.

CHAMBERS, Simone. Deliberative democratic theory. *Annual Review of Political Science*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 307-326, June 2003. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.6.121901.085538>.

CHAMPAGNE, Phil. *The book of Satoshi: the collected writings of bitcoin creator Satoshi Nakamoto*. Brooklyn: E53 Publishing: LLC, 2014. *E-book*.

CHAUM, David L. Blind signatures for untraceable payments. In: CHAUM, David L.; RIVEST, Ronald L.; SHERMAN, Alan T. (ed.). *Advances in cryptography: proceedings of Crypto 82*. Boston, MA: Springer, 1983. p. 199-203.

\_\_\_\_\_. Security without identification: transaction systems to make big brother obsolete. *Communications of the ACM*, [s. l.], v. 28, n. 10, p. 1.030-1.044, Oct. 1985. Disponível em: <https://www.cs.ru.nl/~jhh/pub/secsem/chaum1985bigbrother.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Untraceable electronic mail, return addresses, and digital pseudonyms. *Communications of the ACM*, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 84-90, Feb. 1981.

CIVITARESE, Jamil; MENDES, Layla. Bad news, technical development and cryptocurrencies stability. [S. n., s. l.], Dec. 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3154124>. Acesso em: 5 jun. 2019.

COLEMAN, Lester. EOS freezes seven accounts following Mainnet Snafu. *CCN*, [s. l.], June 19, 2018. Disponível em: <https://www.ccn.com/eos-freezes-seven-accounts-following-mainnet-snafu/>. Acesso em: 5 jun. 2019.

COWEN, Nick. Introduction: symposium on robust political economy. *Critical Review*, [s. l.], v. 28, n. 3-4, p. 420-439, Dec. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/08913811.2016.1264158>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/08913811.2016.1264158?needAccess=true>. Acesso em: 5 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Markets for rules: the promise and peril of blockchain distributed governance. [S. n., s. l.], July 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3223728](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3223728). Acesso em: 5 jun. 2019.

DAL BÓ, Ernesto. Regulatory capture: a review. *Oxford Review of Economic Policy*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 203-225, July 2006. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxrep/grj013>.

DE FILIPPI, Primavera; LOVELUCK, Benjamin. The invisible politics of bitcoin: governance crisis of a decentralised infrastructure. *Internet Policy Review*, [s. l.], v. 5, n. 3, p. 1-28, Sept. 2016. DOI: 10.14763/2016.3.427. Disponível em: <https://policyreview.info/node/427/pdf>. Acesso em: 5 jun. 2019.

DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the law: the rule of code*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2018.

GRAY, James N. Notes on data base operating systems. In: BAYER, R.; GRAHAM, R. M.; SEEGMÜLLER, G. (ed.). *Operating systems: an advanced course*. Berlin: Springer-Verlag, 1978. p. 393-481.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução de Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. v. 1.

\_\_\_\_\_. The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, [s. l.], v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945.

HIRSCH, Morris W.; SMALE, Stephen; DEVANEY, Robert L. *Differential equations, dynamical systems, and an introduction to chaos*. 3rd ed. Waltham, MA: Academic Press, c2013.

HISTORICAL snapshot. *CoinMarketCap*, [s. l.], May 27, 2018. Disponível em: <https://coinmarketcap.com/historical/20180527/>. Acesso em: 5 jun. 2019.

HOLLAND, John H. Complex adaptive systems. *Daedalus*, [s. l.], v. 121, n. 1, p. 17-30, 1992.

HUGHES, Eric. A cypherpunk's manifesto. *Activism.net*, [s. l.], 9 Mar. 1993. Disponível em: <http://www.activism.net/cypherpunk/manifesto.html>. Acesso em: 5 jun. 2019.

JOHNSON, David R.; POST, David G. Law and borders: the rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, [Stanford, CA], v. 48, p. 1.367, May 1996. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=535](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=535). Acesso em: 5 jun. 2019.

KAISER, Ben; JURADO, Mireya; LEDGER, Alex. The looming threat of China: an analysis of Chinese influence on bitcoin. *ArXiv.org*, [s. l.], Oct. 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1810.02466.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2019.

KALI, Raja. Endogenous business networks. *Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxonia, UK, v. 15, n. 3, p. 615-636, May 1999.

KONKIN III, Samuel Edward. The last, whole introduction to agorism. *The Agorist Quarterly*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 3-10, 1995.

LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

LINDBLOM, Charles E. The market as prison. *The Journal of Politics*, [Cambridge, UK], v. 44, n. 2, p. 324-336, 1982. Disponível em: <http://sites.uci.edu/ipeatuci/files/2014/12/Lindblom-Market-Prison.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2019.

MARTINS, Armando N. G. L. Quem tem medo do *bitcoin*?: o funcionamento das moedas criptografadas e algumas perspectivas de inovações institucionais. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, [s. l.], v. 3, p. 137-171, 2016.

MAY, Timothy C. The crypto anarchist manifesto. *Activism.net*, [s. l.], 1992. Disponível em: <https://www.activism.net/cypherpunk/crypto-anarchy.html>. Acesso em: 5 jun. 2019.

MILLER, John H.; PAGE, Scott E. *Complex adaptive systems: an introduction to computational models of social life*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007. (Princeton Studies in Complexity).

MILL, John Stuart. *A system of logic, ratiocinative and inductive*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2011. v. 1.

MIRON, Jeffrey A.; ZWIEBEL, Jeffrey. The economic case against drug prohibition. *Journal of Economic Perspectives*, [s. l.], v. 9, n. 4, p. 175-192, 1995.

MUSTONEN, Mikko. Copyleft: the economics of Linux and other open source software. *Information Economics and Policy*, [s. l.], v. 15, p. 99-121, 2003. Disponível em: <http://www.angelfire.com/ak5/bustoseduardo/lectura3.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system. *Bitcoin*, [s. l.], p. 1-9, [2008]. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

OLIVA, Gabriel. The road to servomechanisms: the influence of cybernetics on Hayek from the sensory order to the social order. In: FIORITO, Luca; SCHEALL, Scott; SUPRINYAK, Carlos Eduardo (ed.). *Research in the history of economic thought and methodology*. Bingley, UK: Emerald, 2016. v. 34A, p. 161-198.

POSNER, Eric A.; WEYL, Eric Glen. *Radical markets: uprooting capitalism and democracy for a just society*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2018.

POST, David G. Against "against cyberanarchy". *Berkeley Technology Law Journal*, [s. l.], v. 17, n. 4, p. 1.365-1.387, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1389&context=btj>. Acesso em: 4 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. What Larry doesn't get: code, law, and liberty in cyberspace. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, v. 52, n. 5, p. 1.439-1.459, Dec. 2000.

SANDE, Alex van de. Recovering lost ether, past and future. *Medium*, [s. l.], Apr. 24, 2018. Disponível em: <https://medium.com/@avsa/recovering-lost-ether-past-and-future-eeb38b17aeb5>. Acesso em: 4 jun. 2019.

SMITH, Adam. *Wealth of nations*. Hertfordshire: Wordsworth, 2012. (Classics of World Literature).

SZABO, Nick. Bit gold. *Unenumerated*, [s. l.], Dec. 27, 2008. Disponível em: <http://unenumerated.blogspot.com.br/2005/12/bit-gold.html>. Acesso em: 4 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. In EOS a few complete strangers can freeze what users thought was their money. Under the EOS protocol you must trust a "constitutional" organization comprised of people you will likely never get to know. The EOS "constitution" is socially unscalable and a security hole. [S. l.], 19 jun. 2018. Twitter: @NickSzabo4. Disponível em: <https://twitter.com/nickszabo4/status/1008974899690463232>. Acesso em: 4 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Money, blockchains, and social scalability. *Unenumerated*, [s. l.], Feb. 9, 2017. Disponível em: <http://unenumerated.blogspot.com/2017/02/money-blockchains-and-social-scalability.html>. Acesso em: 4 jun. 2019.

TANIZAWA, T.; PAUL, G.; COHEN, R.; HAVLIN, S.; STANLEY, H. E. Optimization of network robustness to waves of targeted and random attacks. *Physical Review E*, [s. l.], v. 71, n. 4, Apr. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1103/PhysRevE.71.047101>.

VARSHNEY, Neer. Chinese internet security firm finds major vulnerabilities in EOS before Mainnet launch. *The Next Web*, [Amsterdam], May 29, 2018a. Disponível em: <https://thenextweb.com/hardfork/2018/05/29/eos-security-mainnet-launch/>. Acesso em: 4 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. The EOS Mainnet nightmare: how not to launch a blockchain network. *The Next Web*, [Amsterdam], June 8, 2018b. Disponível em: <https://thenextweb.com/hardfork/2018/06/08/eos-mainnet-nightmare/>. Acesso em: 4 jun. 2019.

WILMOTH, Josiah. EOS faces constitutional crisis over frozen accounts. *CCN*, [s. l.], June 19, 2018. Disponível em: <https://www.ccn.com/eos-faces-constitutional-crisis-over-frozen-accounts>. Acesso em: 4 jun. 2019.

WORLD'S first electronic cash payment over computer networks. *DigiCash Inc.*, [s. l.], 1994. Disponível em: [https://www.chaum.com/ecash/articles/1994/05-27-94%20-%20World\\_s%20first%20electronic%20cash%20payment%20over%20computer%20networks.pdf](https://www.chaum.com/ecash/articles/1994/05-27-94%20-%20World_s%20first%20electronic%20cash%20payment%20over%20computer%20networks.pdf). Acesso em: 6 jun. 2019.

ZAMFIR, Vlad. Against Szabo's law, for a new crypto legal system. *Medium*, [s. l.], Jan. 26, 2019. Disponível em: <https://medium.com/cryptolawreview/against-szabos-law-for-a-new-crypto-legal-system-d00d0f3d3827>. Acesso em: 4 jun. 2019.



# Participação feminina na política

Exame da Lei nº 12.034/2009 e a previsão de cotas de gênero

CRISTIANO LANGE DOS SANTOS

CLAUDIA PAIM FURLANETTO

**Resumo:** O artigo objetiva investigar a participação feminina a partir da promulgação da Lei nº 12.034/2009, que instituiu o mínimo de 30% de mulheres nas candidaturas eleitorais. Para tanto, examina as eleições municipais de 2008, 2012 e 2016 em Porto Alegre, especificamente para os cargos proporcionais, a fim de comparar o aumento da participação feminina nos espaços políticos de poder. O método de pesquisa é o hipotético-dedutivo e o método de procedimento é monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com base nas estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral e na Lei de Acesso à Informação. Pretende-se discutir a necessidade de alterações legislativas para o desenho de políticas públicas que garantam maior participação feminina nos espaços da política. Conclui-se que, embora o número de candidaturas tenha apresentado uma ampliação de 90 para 201, as cotas eleitorais pouco têm contribuído para resolver a sub-representação feminina no meio político.

**Palavras-chave:** Mulheres. Participação. Cotas. Políticas públicas. Representação política.

## Female participation in politics: examination of Law n. 12.034/2009 and the forecasting of gender quotas

**Abstract:** The paper aims to investigate the female participation from the promulgation of Law n. 12.034/2009, which established the participation of at least 30% of women in electoral applications. To do so, it examines the case of the municipal elections of 2008, 2012 and 2016 in Porto Alegre, specifically for proportional positions, in order to compare the increase of female participation in political power spaces. The method of research is hypothetical-deductive and the method of procedure is monographic, with bibliographical and documentary research, extracted from the Superior Electoral Tribunal and the Law on Access to Information.

Recebido em 3/6/19  
Aprovado em 23/7/19

The intention is to discuss the need for legislative changes to the design of public policies that guarantee greater female participation in the spaces of politics. It is concluded that electoral quotas, although it has increased from 90 to 201 in the number of candidatures, have contributed little to solving female underrepresentation in the political environment.

**Keywords:** Women. Participation. Quotations. Public policies. Political representation.

## 1 Introdução

O artigo pretende investigar a questão de gênero no processo eleitoral tendo como recorte a cidade de Porto Alegre. Examina-se se a Lei nº 12.034, de 29/9/2009 (BRASIL, 2009), que instituiu a cota mínima de 30% de mulheres nos processos eleitorais, tem sido eficiente para reduzir a desigualdade de gênero nos espaços político-representativos no Brasil.

Nesse sentido, busca-se problematizar a sub-representação feminina nos espaços políticos convencionais e reafirmar a necessidade de implementar políticas públicas para inserir as mulheres nos espaços de poder e de tomada de decisões, notadamente nos cargos de representação política, haja vista a importância desse tipo de ação política para a redução das assimetrias e das desigualdades de gênero. Com base nas estatísticas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) relativas às eleições municipais de 2008, 2012 e 2016, especificamente para o cargo de vereador, investiga-se em que medida a previsão legal de cotas de gênero se tem apresentado como política pública redistributiva com o fim de ampliar a participação feminina no sistema representativo.

Decorridos mais de 80 anos da conquista do voto feminino no País, somente em 2010 uma mulher foi eleita para o cargo mais alto da política representativa, o de presidente da República, elemento indicativo de que a representatividade feminina pode ser alcançada.<sup>1</sup> A baixa representatividade da mulher nos espaços políticos de tomada de decisões representa a desigualdade estrutural com que ela é tratada na sociedade brasileira,

---

<sup>1</sup> Lemos (2017) pesquisa como a imprensa contribui para a perpetuação de estereótipos sobre as mulheres, sua aparência, sexualidade, sanidade mental e capacidade intelectual, especialmente aquelas que historicamente ocupam funções públicas e políticas. Partindo dessas questões – sob uma perspectiva histórica e com base nas concepções de representações sociais –, ela examina como a grande imprensa brasileira produziu e divulgou representações misóginas contra a presidenta Dilma Rousseff.

especialmente no âmbito público. Embora sejam maioria do eleitorado brasileiro, as mulheres são sub-representadas quanto ao recorte de gênero, na medida em que a sua presença não alcança 10% nos mais distintos níveis das Casas legislativas.

Com efeito, parte-se da problematização de Bourdieu (1989) sobre o fenômeno da violência simbólica enfrentada pelas mulheres em campos considerados eminentemente masculinizados, especialmente na esfera política.

## **2 Movimento feminista, lutas e conquistas mínimas do direito à participação política: um processo em constante e inconclusa consolidação histórica**

No âmbito internacional, o movimento feminista pode ser entendido como uma sucessão de três ondas, a última das quais se iniciou no final do século XX.

A primeira onda, ainda no século XIX, foi marcada principalmente pela reivindicação dos direitos elementares de cidadania, direito à educação e ao trabalho, e notadamente dos direitos políticos relativos ao sufrágio universal (de votar e ser votado), inspirados no modelo liberal de Estado, na democracia e na reivindicação de direitos iguais aos dos homens. Segundo Pinto (2010), um dos principais fatores para o surgimento do movimento foi a entrada das mulheres no mundo do trabalho, haja vista as péssimas condições laborais, o que exigiu mobilização e organização feminina para reclamar direitos.

Na efervescência das lutas fortaleceu-se o movimento das sufragistas, que pleiteavam os direitos de igualdade na cidadania, com conteúdo eminentemente emancipatório, além do direito de a mulher votar e ser votada. Entretanto, o êxito do movimento somente aconteceu no século XX, com a conquista do direito ao sufrágio universal, com exceção da Nova Zelândia, primeiro país a garantir tal direito ainda no século anterior (1889), seguida pelos Estados Unidos (1920), Inglaterra (1928), Brasil (1932), França (1948), Suíça (1977), entre outros. Para Scavone (2004, p. 27), “a conquista tardia deste direito elementar de cidadania dimensiona a lentidão com a qual as mulheres foram integradas nas democracias liberais e também ajuda-nos a compreender quão longa e complexa foi – e ainda é – a luta feminista em todos os seus matizes”.

A segunda onda do feminismo surgiu após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e deu início à luta pela libertação das mulheres, com o questionamento dos valores sociais eminentemente masculinizados e a ampliação de pautas até então restritas, priorizando-se o direito ao corpo, ao prazer e,

sobretudo, revelando a luta contra a estrutura patriarcal. Sob esse aspecto, fundamental para a consolidação das matrizes teóricas do feminismo contemporâneo é a obra *O segundo sexo*, de Beauvoir (2009), considerada estruturante do pensamento emancipatório e libertador das mulheres nesse estágio. Uma máxima de Beauvoir (2009) marca a efervescência feminista como um referencial para o gênero: “não se nasce mulher, torna-se mulher”.

Na segunda onda feminista, buscou-se uma espécie de desnaturalização do ser mulher. Do mesmo modo, uma das grandes questões envolvendo essa etapa era “o privado é político”, como forma de desvelar a importância da esfera privada como espaço de dominação e opressão da mulher pelo homem; observa-se “um novo impulso feminista, uma vocação autônoma e libertária” (SCAVONE, 2004, p. 29). Nesse sentido,

a expressão radical dessa vocação, rompendo com a tradição do feminismo liberal voltado para a conquista dos direitos civis e políticos, “contrapôs ao discurso igualitário o da individualização, diferença e singularidade, ao tema da emancipação o da autonomia, ao ativismo dos grupos militantes tradicionais, os coletivos de autoconsciência” (SCAVONE, 2004, p. 29).

Ou seja, o fenômeno persiste para garantir formas de implementação de direitos de equiparação de gênero. De acordo com Pinto (2010, p. 17), a

violência, sexualidade, direito ao trabalho, igualdade no casamento, direito à terra, direito à saúde materno-infantil, luta contra o racismo, opções sexuais. Estes grupos organizavam-se, algumas vezes, muito próximos dos movimentos populares de mulheres, que estavam nos bairros pobres e favelas, lutando por educação, saneamento, habitação e saúde.

Se, no contexto atual, a situação das mulheres não se equipara à dos homens, inclusive em termos salariais, não é difícil entender por que ainda nos espaços institucionalizados da política e do poder, caracterizados pelo patriarcado, as mulheres estejam em desvantagem. E, ainda que possam ser constatados avanços em todas as áreas que estão sendo ocupadas pelas mulheres, o quadro de representação feminina nos espaços de poder e de decisão política é muito baixo, o que significa sub-representação desse gênero nessas esferas.

Sobre esse cenário é importante citar o *ranking* elaborado pela União Interparlamentar (UIP), organização não governamental dos parlamentos dos Estados soberanos criada para monitorar a participação nas esferas de poder político. A UIP divulgou que o Brasil, numa lista com 190 nações, ocupa a 116<sup>a</sup> colocação em termos de representação feminina.<sup>2</sup> Os índices

---

<sup>2</sup> A UIP é uma organização não governamental, financiada com recursos públicos, com o objetivo de fortalecer a democracia e fomentar o diálogo parlamentar e a cooperação entre os países.

brasileiros sobre a presença feminina nos parlamentos não são só inferiores ao da média mundial, equivalente a 22%, mas também inferiores ao de países como Jordânia, Síria, Indonésia, Paquistão, Afeganistão, Tunísia, Emirados Árabes – reconhecidamente violadores de direitos humanos em relação às mulheres. Esses dados demonstram a gravidade do sistema representativo brasileiro, que desconsidera a participação feminina nos espaços públicos, de modo a restringir a democracia verdadeiramente representativa, uma vez que a presença da mulher nos meios políticos significa modelos sociais mais liberais e abertos à diversidade entre os gêneros. Segundo Prá (2007, p. 95), “para alcançar cargos mais altos nas hierarquias de poder as mulheres precisam resistir ao forte traço cultural que ainda não admite, com facilidade, sua presença nessas posições de decisão e comando”.

Nesse cenário, inicia-se a terceira onda feminista, mais precisamente a partir da década de 1980. Trata-se de um movimento que repensa as ações e as pautas de gênero das gerações anteriores, com foco na mudança de estereótipos, para desconstruir a imagem do feminismo como vítima, e no empoderamento das mulheres em distintos espaços, além de travar uma disputa, nos retratos da mídia, sobre a linguagem usada para defini-las.

[S]e enfrentaron a un movimiento “en transición” hacia nuevas formas de existencia, que comenzaron a expresarse en diferentes espacios y con distintas dinámicas: desde la sociedad civil, desde la interacción con los Estados, desde su participación en otros espacios políticos o movimientos, desde la academia, desde el llamado “sector cultural” (CAROSIO, 2009, p. 244).

A manutenção de um processo de contínua exclusão social das mulheres nos mais distintos espaços, tanto públicos quanto privados, constituiu um processo de violação extrema dos direitos de gênero. No Brasil, somente a partir de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019a]), asseguraram-se os direitos de igualdade entre os gêneros, proibindo-se discriminações por motivo de sexo.

Entretanto, desde a virada do milênio, com as constantes crises econômicas e o avanço do neoliberalismo, o mundo tem sido testemunha de um ciclo de protestos e reivindicações com intensa participação das mulheres, ao levantarem pautas como igualdade de direitos, democracia real, direito sobre seu corpo e sua sexualidade, entre outras questões inovadoras. Assim, a nova onda feminista verbalizou o ativismo – a denominada “primavera feminista” –, ao redimensionar suas ações, para tornar-se mais radical e criativa, e denunciar a situação de violência à qual as mulheres estão submetidas.

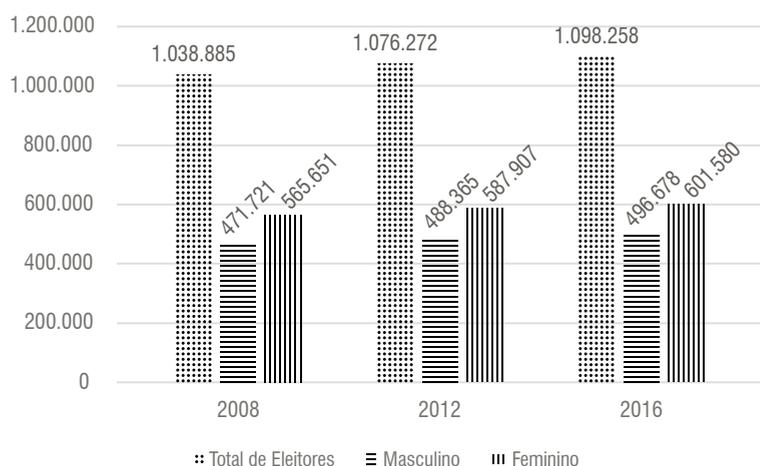
Mobilizações desencadeadas ao redor do mundo reacendem o movimento de mulheres, como os protestos na Espanha, que reuniram nas ruas mais de meio milhão de pessoas para exigir maior igualdade; o movimento #NiUnaMenos na Argentina, que pleiteava o direito da mulher de decidir sobre a prática do aborto; e o movimento #Elenão no Brasil, que expressava o empoderamento feminino e realimentava a esperança transformadora do poder de mobilização. Assim, as mobilizações femininas têm conseguido intervir na agenda pública ao buscar equidade social e de gênero, liderando a resistência a modelos de governos autoritários.

### 3 Violência simbólica: a sub-representação feminina nos espaços políticos de poder e de tomada de decisões no Brasil no século XXI

Segundo estatísticas do TSE, o eleitorado feminino é mais numeroso que o masculino (Gráfico 1). Do mesmo modo, em Porto Alegre, que é o caso em estudo, o número de mulheres é aproximadamente 10% maior do que o de homens.

**Gráfico 1**

Total de eleitores – Porto Alegre



Fonte: elaborado pelos autores com base nos dados fornecidos pelo TSE (BRASIL, [20--]).

Se a maioria do eleitorado no Brasil é de mulheres, por que ainda há a sub-representação delas nos espaços políticos representativos no século

XXI? Tal quadro é a caracterização da violência simbólica de gênero, consoante Bourdieu (1989), produzida pela relação de dominação do homem sobre a mulher, de imposição de seus interesses patriarcais.

A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções (BOURDIEU, 1989, p. 10).

Dessa forma, há uma clara reprodução dos espaços privados nos espaços públicos, notadamente na esfera da política e dos espaços de poder. Essa questão é complexa e reforça o estigma de inferioridade relativo às mulheres. Bourdieu (1989) explica que o capital político é uma das formas de capital simbólico presente nas sociedades contemporâneas. Trata-se de uma espécie de crédito social que confere o reconhecimento da autoridade legítima ao homem político. Para Bourdieu (1989, p. 188), “o homem político retira sua força política da confiança que um grupo põe nele”. Logo, é um poder, porque aquele que está sujeito acredita que de fato ele existe.

Embora as mulheres estejam à frente das associações de moradores, das lutas estudantis e das distintas mobilizações por direitos de igualdade de gênero, elas não são reconhecidas, menos ainda se expressam na representação política; portanto, sua presença é invisível. Bourdieu (1989, p. 165) compreende tratar-se da fronteira entre o que é politicamente dizível e o indizível, pensável ou impensável para uma classe de profanos determinar-se na relação de interesses que exprimem essa classe.

Esse é o paradoxo. Mesmo protagonizando diversos movimentos, não são reconhecidas como lideranças. Pesquisas demonstram que o sexo não interfere na escolha do voto. Esse é o resultado da pesquisa *Mulheres na Política*, realizada pelo DataSenado, que entrevistou 1.091 pessoas em todo o Brasil. Dentre elas, 83% responderam que o sexo do candidato não era importante na decisão, ao passo que 12% disseram que o sexo pesa na escolha do candidato (BRASIL, 2014c). Assim, embora as pesquisas revelem um cenário de confiança e crédito nas mulheres para assumir espaços no campo político, a realidade das votações é outra, completamente distinta, representada pela desconfiança e pelo descrédito em relação tanto ao próprio sistema político, quanto à capacidade de a mulher nele atuar.

É hegemônico o pensamento de que não pertence às mulheres o espaço da política, um lugar eminentemente masculino, representado pela força da disputa, em que o crédito e o reconhecimento são elementos fundamentais. Trata-se de uma violência simbólica, na medida em que as mulheres não são reconhecidas como capazes de produzir ação política legítima e efetiva, vistas como inabilitadas para operar no espaço público.

Para Bourdieu (1989), o *habitus*, sendo um produto da história, é um sistema de disposições aberto, permanentemente afetado por elas. Ele é durável, mas não imutável. O *habitus* é constituído pela maneira como alguns conceitos ou ações são incutidos de forma a reproduzir comportamentos que, muitas vezes, são reflexos de contextos históricos que perpassam gerações. O *habitus* de que as mulheres são incapazes de exercer determinadas funções na esfera pública foi introjetado não só no pensar e no agir dos homens, mas também no delas próprias. O resultado disso é um pensamento limitado e excludente, tratado como se fosse natural dentro

do processo de produção e reprodução de dominação simbólica, exercido pela cultura patriarcal e masculina, ao longo dos séculos.

No Brasil, a taxa de feminicídio é a quinta mais alta do mundo. Segundo o *Mapa de Violência 2015*, o número de assassinatos chega a 4,8 para cada 100 mil mulheres, registrando-se que, entre 1980 e 2013, 106.093 pessoas morreram por serem mulheres (WAISELFISZ, 2015). Esses elementos desconstroem a mulher como sujeito autônomo e empoderado no espaço público, remetendo-a ao espaço privado (doméstico) e a um objeto de tutela, cuidado e dominação pelo universo masculino. Bourdieu (1989, p. 166) destaca que “o mercado da política é, sem dúvida, um dos menos livres que existem”. A política é rígida e excludente, em se tratando do acesso feminino a esses espaços eminentemente masculinizados.

Ao examinar o eleitorado brasileiro, a pesquisa *Mulheres na Política* demonstrou que 83% dos eleitores declararam que não veem o gênero como questão relevante na hora de definir o voto. Na mesma pesquisa, 79% dos eleitores informaram já ter votado em alguma mulher (BRASIL, 2014c). A pesquisa também questionou sobre os motivos que levam uma mulher a não se candidatar a algum cargo político. Entre os apresentados, o de maior índice é a falta de apoio dos partidos políticos (41%); para 23%, é a falta de interesse na política; 19% consideram difícil concorrer com um homem; e, para 5%, falta apoio da família (BRASIL, 2014c).

Percebe-se, dessa forma, que o principal entrave para a maior participação feminina no espaço da política está relacionado ao descrédito no seu êxito eleitoral por parte do partido político ou de possíveis apoiadores financeiros. Assim, embora as pesquisas demonstrem o contrário, é possível identificar que a mulher não é vista como agente plenamente capaz e independente para ocupar o espaço da política e do poder. Ademais, a desigualdade entre os sexos é mecanismo de dominação, de modo a restringir a plena capacidade e liberdade da mulher nos espaços públicos. A sub-representação é, pois, um demonstrativo da estrutura masculinizada que impede o acesso das mulheres aos espaços de representação.

Além da violência simbólica, cumpre destacar outras causas da sub-representação feminina no espaço político. De acordo com Matos e Cortêz (2010), as mulheres estão vinculadas ao mundo privado e à vida cotidiana; ao excesso de demandas e de jornadas; à falta de autonomia pessoal, de autoestima e de autoconfiança; aos papéis estereotipados de gênero; à falta de estímulo familiar; ao mundo das interações sociais e políticas, em que os partidos são pouco sensíveis às candidaturas femininas, em que há experiências de discriminações sociais, pouca visibilidade de suas demandas e faltam recursos econômicos para

campanhas. E, nas relações institucionais, há pouca permeabilidade às questões de gênero e das mulheres, pois os espaços institucionais e as lideranças são muito masculinizados.

Para mudar o cenário de desigualdade de gêneros, é fundamental a intervenção estatal para implementar políticas públicas que reparem o quadro estrutural de violência simbólica a que as mulheres estão submetidas nos espaços de poder e de tomada de decisão política.

#### **4 Evolução da legislação eleitoral: do direito do sufrágio universal à instituição da política de cota de gênero como forma de equiparação no acesso à política**

Procederemos aqui a um esboço histórico dos principais instrumentos jurídico-legislativos, constitucionais e infraconstitucionais, relacionados à participação feminina nos processos de sufrágio no Brasil.

Destaque-se que somente em 1932, com a promulgação do Código Eleitoral, foi introduzida a possibilidade de a mulher votar e ser votada. Antes disso, ela era proibida até mesmo de manifestar-se publicamente sobre questões políticas. Porém, a disposição legislativa não faz referência expressa à participação da mulher na eleição: seu art. 2º previa que “É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código” (BRASIL, 1932). Ademais, a instituição do voto feminino ocorreu por decreto (Decreto nº 21.076, de 24/2/1932) assinado por Getúlio Vargas.

Em termos constitucionais, o voto feminino somente foi garantido pela Constituição de 1934 (BRASIL, [1935]), limitando-se às mulheres que exerciam função pública remunerada. Destaque-se, nesse aspecto, que a garantia era parcial, uma vez que exigia a comprovação do requisito de

independência econômica, o que, para a época, era muito restrito em razão da dependência patriarcal. Por sua vez, a Constituição de 1946 foi mais vanguardista a ponto de não distinguir o sexo no dispositivo constitucional, ao assegurar no art. 131 que são “eleitores os brasileiros maiores de 18 anos que se alistarem na forma da lei” (BRASIL, [1965]).

Em 1988, após mais de vinte anos de regime de exceção, a CRFB instaurou uma nova ordem, fundamentada nos valores da democracia e respeito aos direitos fundamentais, além de consagrar um paradigma transformador de Estado, no qual os cidadãos devem ser sujeitos desse processo: o Estado Democrático de Direito. Por essa razão, estendeu-se o direito de voto às mulheres analfabetas, para as quais até então o voto era facultativo, ampliando-se o direito de cidadania.

Saliente-se que, em termos legislativos, as décadas de 1980 e 1990 foram inspiradoras, uma vez que as mulheres participaram de intensas articulações e mobilizações para assegurar direitos na CRFB, notadamente o de igualdade. Além disso, a Lei nº 9.100, de 29/9/1995 (BRASIL [1997]), foi o resultado da ampla mobilização de movimentos sociais de mulheres pelo Brasil e procurou modificar o quadro de sub-representação feminina na política ao assegurar um programa de cotas, estipulando um percentual mínimo de candidaturas de mulheres nas eleições municipais. O art. 11, § 3º, dessa lei estabeleceu que no mínimo 20% das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidos por candidaturas femininas. Tal dispositivo abriu o programa de iniciativa de participação da mulher na política brasileira, permitindo uma perspectiva positiva de ampliação dos índices de representatividade nos espaços de tomada de poder.

Por sua vez, a Lei nº 9.504 (Lei das Eleições), de 30/9/1997 (BRASIL, [2017]), ampliou tais

garantias ao estabelecer cotas de gênero no âmbito estadual e federal, assegurando a margem percentual de 30 a 70% na lista dos partidos políticos que lançarem candidatos: seu art. 10 firmou que cada partido ou coligação deveria reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. No entanto, apesar de haver avanços em termos percentuais, as cotas não eram autoexecutáveis, pois não havia obrigatoriedade do cumprimento dos percentuais previstos em lei. E o problema era o fato de que, se tais vagas não fossem preenchidas por mulheres, também não poderiam ser preenchidas por homens. Dessa forma, não havia qualquer sanção ou impedimento se tais cotas de gênero não fossem efetivamente cumpridas pelos partidos políticos, o que, por sua vez, criou uma situação de esvaziamento da política de cotas promovida pela legislação.

Tal falha foi suprimida pela Lei nº 12.034, de 29/9/2009, que modificou a Lei nº 9.504/1997 para tornar obrigatório o preenchimento de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo nas listas eleitorais dos partidos políticos, com penalidades definidas e passíveis de sanções econômicas aos partidos que não a cumprirem. Assim, as cotas são políticas que visam à paridade de gênero, a fim de corrigir uma desigualdade estrutural entre homens e mulheres no espaço político representativo. Estabeleceu também outras inovações para fortalecer a participação feminina na política: a previsão de 10% do tempo de propaganda partidária, no art. 45, IV; e a destinação de 5% dos recursos do fundo partidário para a formação política e o incentivo à participação feminina, disposta no art. 44, V (BRASIL, 2009).

As recentes alterações legislativas em matéria eleitoral materializadas pelas Leis nºs 12.891, de 11/12/2013, e 13.165, de 29/9/2015 (BRASIL, [2014a], 2015), também foram tímidas em termos de potencializar inovações ou até mesmo

implementar novos elementos garantidores de políticas para a ampliação da participação feminina. A primeira estabeleceu no seu art. 93-A que o TSE, no período compreendido entre 1º de março e 30 de junho dos anos eleitorais, poderá promover propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a igualdade de gênero e a participação feminina na política. Por sua vez, a Lei nº 13.165/2015 não avançou de forma suficiente: exigiu somente a obrigatoriedade de inserções diárias de campanhas com mensagens dirigidas às mulheres, sobre a participação feminina na política, durante os quatro meses anteriores às eleições. Segundo o art. 93-A dessa lei, o TSE, no período compreendido entre 1º de abril e 30 de julho dos anos eleitorais, deve promover, em até cinco minutos diários, contínuos ou não, requisitados às emissoras de rádio e televisão, propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a participação feminina, dos jovens e da comunidade negra na política, bem como a esclarecer aos cidadãos as regras e o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro.

Assim, percebe-se que a legislação se limitou a manter as políticas públicas asseguradas pela Lei nº 12.034/2009, com o fim de inserir cotas de gênero no âmbito da política e de reduzir o quadro de sub-representação feminina na esfera das decisões.

## **5 Políticas de cotas de gênero como política pública de inserção de mulheres na política: Lei nº 12.034/2009**

As políticas públicas, segundo Bucci (2006a, p. 252), são “instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*”, que significa a concepção de governo pelas leis, de modo

que ambas não têm caráter excludente: podem “conviver” em perfeita sintonia no ordenamento. Desse modo, a função de governar é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas.

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

[...]

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006b, p. 39).

No mesmo sentido, é importante mencionar o conceito elaborado por Derani (2006, p. 135), para quem a “política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes”. A política pública precisa necessariamente ser empreendida pelo Estado. Muito embora possa nascer na sociedade organizada, como foi a iniciativa do movimento feminista na luta pela ampliação da participação de gênero por meio das cotas eleitorais, é recomendável que seja institucionalizada por norma legal, para garantir sua vinculação institucional, de modo a tornar-se política de Estado.

Ao abordar esse problema, Gonçalves (2006, p. 87) entende que “somente o Estado possui atributos de legitimidade social, de permanência e organização jurídico-legal indispensáveis à produção consequente e duradoura das políticas públicas”. Sobre a importância da existência do princípio da legalidade na conformação das políticas públicas, Bucci (2006a, p. 255) afirma que “o modelo de políticas públicas não exclui o da legalidade, mas convive com ele”. O autor (2006b, p. 25) assinala ainda que “as políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados”.

Nesse sentido, a Lei nº 12.034/2009, que instituiu cotas, cumpre o requisito do princípio da legalidade, ao ordenar a instituição de políticas, no âmbito dos partidos políticos, com o preenchimento de 30% das vagas em coligações ou partidos por candidatas mulheres, restabelecendo, assim, condições mínimas de equidade de gênero. Desse modo, a política pública deve ser vista como processo, ao constituir-se de uma

sequência de atos sempre coordenados para a realização de determinados fins; nesse caso, promove certa equiparação nos espaços de poder, de maneira não apenas a enfrentar o déficit de representação feminina nos espaços político-partidários, mas sobretudo a romper com a cultura estritamente patriarcal ainda vigente na sociedade brasileira. Da mesma forma, as políticas públicas devem ser atos coordenados integrados a temas correlacionados (inclusão social, empoderamento, participação) e entes (governamentais ou não), na transformação ou modificação de um conjunto ou de estrutura determinada pela atuação estatal.

Pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior dos governos, entre as várias pastas e seja ainda considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado (BUCCI, 2006b, p. 44).

Isso denota a importância da construção de políticas públicas transversais na perspectiva de gênero, o que rearticula os poderes públicos e a sociedade civil com o fim de reduzir as desigualdades de gênero nas instâncias democrático-representativas. Nesse aspecto, Costa (2011, p. 201) destaca: “é fundamental que existam mecanismos de articulação dentro e entre os organismos de Estado e dos municípios que formalizam a implementação e a execução de políticas de gênero”.

Ademais, a política pública deve ter finalidade dirigida a materializar os preceitos constitucionalmente assegurados. O art. 5º, I, da CRFB estabelece a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres como a absoluta igualdade formal e substancial a ser perseguida pelo Poder Público. Tais preceitos constitucionais da redução da desigualdade entre os gêneros e a busca pela equidade são fins que sempre devem ser perseguidos, o que justifica a intervenção estatal para reduzir os déficits de participação feminina nos espaços de poder.<sup>3</sup>

Avelar (2001), em suas pesquisas, demonstra como a presença das mulheres na política é maior nos municípios. As principais explicações para esse fenômeno são os baixos custos das campanhas eleitorais, se comparados às disputas estaduais ou federais, e as especificidades da política local, na qual predominam os temas mais vinculados à vida

---

<sup>3</sup> A Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617 (BRASIL, 2018) para questionar regra da Minirreforma Eleitoral, que estabelece percentuais mínimo e máximo de recursos do Fundo Partidário para campanhas eleitorais de mulheres. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a distribuição de recursos do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais direcionadas às candidaturas de mulheres deve ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, respeitando o mínimo de 30% de candidatas mulheres previsto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997.

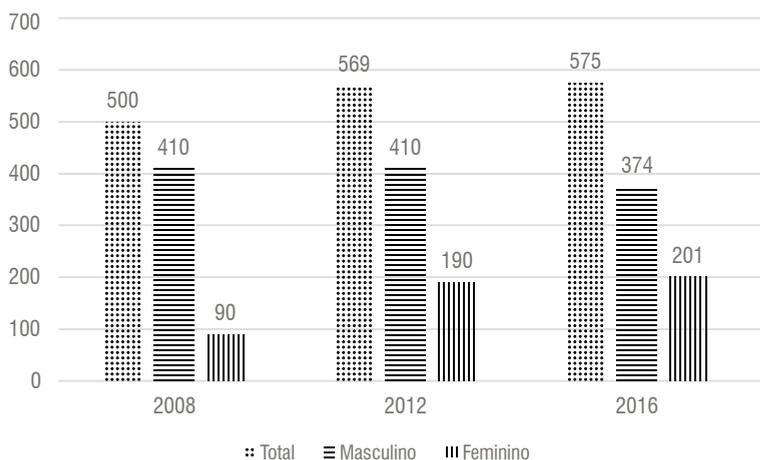
cotidiana (FONTES; COSTA, 2003; AVELAR, 2001). Além disso, a atuação das mulheres em âmbito municipal permite a elas manterem-se no local onde vivem, não exigindo viagens frequentes, o que garante maior proximidade de suas famílias e o exercício de suas atividades profissionais.

Nesse aspecto, num primeiro momento, a Lei nº 12.034/2009 produziu um incremento significativo no número de candidaturas femininas, o que se pode perceber no crescimento do número de mulheres eleitas para o cargo de vereador, que passou de 6.504, em 2008, e 7.648, em 2012, para 7.803, em 2016 (BRASIL, [20--]). Outros dados corroboram essa percepção: nas eleições municipais de 2012, foram eleitas 657 prefeitas (11,84%) e 7.648 vereadoras (13,32%); e no pleito de 2016, foram eleitas 638 prefeitas e 7.803 vereadoras (BRASIL, [20--]).

No caso em exame, a cidade de Porto Alegre também demonstrou esse crescimento imediato nas candidaturas femininas ao cargo de vereador, que passaram de 90 em 2008 para 190 em 2012 e para 201 em 2016 (Gráfico 2). Vale dizer que, após a vigência da Lei nº 12.034/2009, foi a primeira vez em que participação de mulheres na disputa por cargos eletivos superou 30%, tendo alcançado 32,57% em 2012 e 32,79% em 2016 (BRASIL, [20--]). Num exame geral, evidencia-se um aumento gradual no número de candidatas ao cargo de vereador. Há uma diferença perceptível no período entre 2008 a 2016, demonstrando o crescimento de candidatas a partir da promulgação da Lei nº 12.034/2009.

## Gráfico 2

### Candidaturas eleitorais

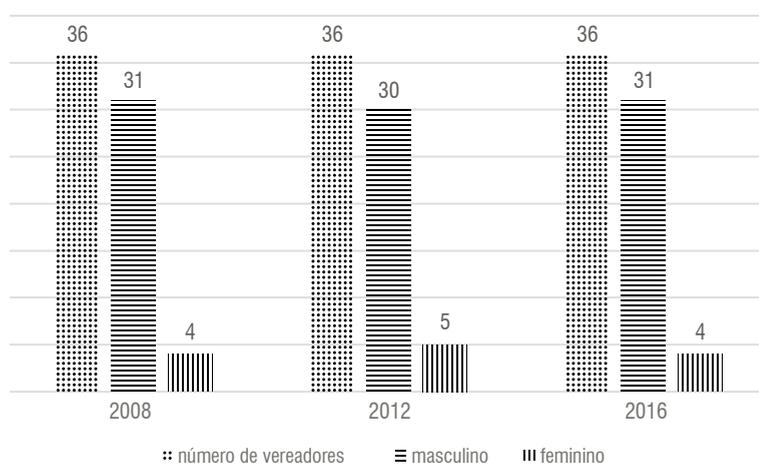


Fonte: elaborado pelos autores com base em dados fornecidos pelo TSE (BRASIL, [20--]).

Quanto ao resultado das eleições, observam-se cenários bem distintos do anterior, na medida em que o êxito se limita a manter praticamente a mesma quantidade de representantes femininas na Câmara Municipal, passando de quatro para cinco mulheres eleitas no intervalo de quatro anos, e mantendo-se em quatro mulheres eleitas no ciclo de oito anos, a contar da promulgação da Lei nº 12.034/2009 (Gráfico 3). Alguns estudos anteriores à vigência dessa lei realizados por Fontes e Costa (2003) e Ribeiro (2011) destacavam existir uma relação direta entre o número de vagas em disputa e as chances de eleição para as mulheres. A média nacional registrada era de 13% de ocupação dos cargos representativos, muito abaixo da média mundial das demais democracias, em torno de 22%. Assim, das 36 cadeiras da Câmara Municipal de Porto Alegre apenas 5 delas foram preenchidas por mulheres. Ou seja, 12% do total, o que é inferior à média nacional.

### Gráfico 3

Composição da Câmara de Vereadores de Porto Alegre



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados fornecidos pelo TSE (BRASIL, [20--]).

Quanto às mulheres que obtiveram sucesso nas eleições para a Câmara Municipal de Porto Alegre, percebe-se que das cinco eleitas e com mandato parlamentar, duas buscavam a reeleição, ao passo que as demais já tinham alguma militância política. Na eleição de 2008, das 36 cadeiras disponíveis para a Câmara Municipal, somente quatro foram preenchidas por candidatas mulheres: Fernanda Melchionna (PSOL), com 2.984 votos; Juliana Brizola (PDT), com 9.247 votos; Sofia Cavedon (PT), com 8.046 votos; e Maria Celeste (PT), com 7.117 votos.

Por sua vez, na eleição de 2012, manteve-se a quantidade de cadeiras, mas substituíram-se algumas candidatas eleitas: Fernanda Melchionna (PSOL), com 7.214 votos; Sofia Cavedon (PT), com 7.085 votos; Any Machado Ortiz (PPS), com 5.940 votos; e Jussara Cony, (PCdoB), com 5.686 votos. Na eleição de 2016, novamente se manteve a quantidade de cadeiras femininas, alternando-se somente as candidatas que pleiteavam o cargo: Fernanda Melchionna (PSOL), com 14.630 votos; Sofia Cavedon (PT), com 9.670 votos; Mônica Leal (PP), com 7.254 votos; e Comandante Nádia (MDB), com 6.809 votos.

Nessa eleição, uma peculiaridade: a maior votação foi a de uma candidatura feminina, a da já vereadora Fernanda Melchionna (PSOL), o que desconstrói a ideia de desconfiança total nas candidaturas de mulheres. Ao mesmo tempo, também reafirma a ideia de que as trajetórias permitem constituir a confiança e o crédito, o que a teoria de Bourdieu menciona como elemento central e garantidor da fidedignidade no campo político.

Identifica-se que a taxa de permanência é baixa. Os dados indicam que, apesar da maior competitividade no ambiente político, as mulheres, na maioria das vezes, conseguem ter êxito ao buscar a reeleição, já que superam a desconfiança inicial em relação à sua competência no espaço público. O sucesso no processo eleitoral, segundo Fontes e Costa (2003), é explicado em razão da construção de formas mais diretas de comunicação, tanto personalizadas quanto institucionalizadas, que permitem muitas vezes maior interlocução com os representados em geral. Observa-se também que, apesar do aumento significativo do número de candidaturas femininas, decorrente da imposição institucional, a partir da Lei nº 12.034/2009, o resultado não tem alcançado o objetivo pretendido, que é o de reduzir a sub-representação feminina no Poder Legislativo.

Logo, pode-se dizer que, num primeiro momento, a resposta da Lei nº 12.034/2009 para ampliar o número de candidaturas femininas foi imediata, como se pode constatar no Gráfico 2. Contudo, essa lei apresentou limitações ao não conseguir modificar a situação de sub-representação na Câmara Municipal, pois foi mantido o número de vereadoras de antes de sua promulgação. Dessa forma, a legislação não atinge seu objetivo principal: enfrentar a baixa representatividade feminina no Legislativo municipal. Ao contrário, observa-se que os partidos políticos lançam candidaturas femininas “laranjas”, com o fim de cumprir as cotas, descaracterizando as muitas eleitorais impostas a quem não lançar os índices exigidos. Assim, os partidos políticos continuam a reproduzir o mesmo *habitus*, baseado na predominância masculina, ao não estimular a participação feminina para aumentar seus quadros no Poder Legislativo, gerando situações de desvio do objetivo

desejado para reduzir a desigualdade de gênero na esfera política.

Ademais, os partidos políticos priorizam poucas candidatas em detrimento das outras, elegendo personalidades já consolidadas, com base em critérios indefinidos para concentrar esforços na sua eleição, investindo capital social e recursos financeiros. Bambirra e Marques (2018, p. 130) demonstram como os partidos políticos não amparam as candidaturas femininas com distribuição de recursos nas campanhas eleitorais: destinam menos recursos às candidatas mulheres do que para os seus pares do sexo masculino. Por essa razão, a criação do fundo específico, com reserva de 30% das doações eleitorais, tal como disposto no julgamento da ADI nº 5.617 pelo STF, é fundamental para estimular a participação feminina e seria uma política de incentivo e estímulo às mulheres para concorrer a cargos eletivos e políticos, já que garantiria o investimento para despesas mínimas exigidas em uma campanha partidária.

Além disso, a adoção de cotas para dirigentes partidários, com a paridade, também é uma forma de estimular a participação feminina nos espaços de tomada de decisão, especialmente da vida político-partidária. Ademais, garantir a paridade de candidatos – ou seja, 50% para cada gênero –, até como forma de intervir radicalmente nas estruturas partidárias e dos espaços de poder, permitiria reduzir as desigualdades nos índices de sub-representação feminina. Por isso, a adoção de lista alternada que garanta essa paridade é a intervenção mais adequada para corrigir tamanha desigualdade na política. De outro modo, sem tais proposições, é permitir que mulheres, sem as mínimas condições de concorrência, enfrentem candidaturas masculinas estruturadas e organizadas por partidos.

Diante de tal cenário, é possível verificar que, se não houver intervenção do Estado com políticas públicas efetivas que promovam a par-

ticipação da mulher nos espaços de poder e de tomada de decisões, tal quadro de dominação masculina no campo da política e da esfera pública será produzido e reproduzido por muito tempo. Ao contrário, a Lei nº 13.831, de 17/5/2019 (BRASIL, 2019b), anistiou os partidos políticos das multas aplicadas por não destinarem 5% das verbas do Fundo Partidário para promover as candidaturas de mulheres nas eleições realizadas de 2010 a 2018, como determinava a Lei nº 12.034/2009, e retrocedeu, esvaziando-se o conteúdo pedagógico fundamental disposto na legislação para permitir a presença feminina nos meios políticos.

## 6 Conclusões

Pode-se perceber que a luta pela equidade de gênero constitui longo processo histórico, iniciado no século XIX e dividido em dois momentos, antes e depois da obra de Simone de Beauvoir – primeiro pelo direito ao sufrágio e segundo pela publicização das relações do privado, contra o patriarcado e as formas de dominação da mulher. Os movimentos feministas obtiveram inúmeras vitórias e avanços, ao menos formalmente, de modo a ancorar-se em preceitos garantidores de direitos, inclusive em normas constitucionais.

Destaque-se que, embora as orientações de igualdade de gênero sejam previstas normativamente – como no art. 5º, I, da CRFB, que estabelece a igualdade entre homens e mulheres quanto a direitos e obrigações –, essa não é a realidade. Mulheres continuam a ser discriminadas, seja no trabalho, seja em qualquer espaço público. Pesquisas comprovam tal quadro de violência simbólica que as submete ao dominante gênero masculino.

O propósito principal deste trabalho foi examinar se a Lei nº 12.034/2009, que instituiu

a cota mínima de 30% de mulheres, tem sido eficiente para reduzir a desigualdade de gênero nos espaços político-representativos no Brasil. É possível verificar que há uma clara reprodução dos espaços privados nos espaços públicos, notadamente na esfera da política e dos espaços de poder, os quais não são ocupados justamente por conta do *habitus* produtor e reproduzidor das estruturas dominantes.

Diante desse cenário, é importante aprimorar políticas públicas que incentivem a participação feminina nos espaços de poder e de tomada de decisões, como forma de atingir a equidade de gênero proposta constitucionalmente. Por isso, a instituição de políticas públicas transversais é tão necessária para corrigir a desigualdade entre os gêneros. Com efeito, o Plano Nacional de Educação, instituído pela Lei nº 13.005, de 25/6/2014 (BRASIL, 2014b), enfrenta o tema ao estabelecer que Estados e Municípios elaborem seus próprios planos a fim de que as metas sejam cumpridas e monitoradas localmente nos dez anos seguintes. Embora o tema seja tão controverso, o debate sobre a necessidade de instituir o Programa de Gênero nas escolas é fundamental, até como forma de desconstruir a violência simbólica a que as mulheres estão submetidas nas mais diversas estruturas.

Todavia, é preciso ir além, desenhando políticas públicas efetivas para a superação do quadro de sub-representação na esfera pública e nos espaços de poder, uma vez que a participação feminina nos meios políticos é fundamental para transformar a realidade de violências diárias, públicas e domésticas, fruto de uma sociedade eminentemente patriarcal e machista. Dessa forma, a alteração da Lei nº 12.034/2009, para instituir o mínimo de 30% de mulheres, com o fim de ampliar a participação feminina no espaço da política e de reduzir a desigualdade de gênero nos Poderes Legislativos, apresenta limites. Observa-se que, após a sua promulgação, houve um incremento significativo de candidaturas femininas, o que se pode perceber pelo crescimento do número de mulheres eleitas para o cargo de vereador. Da mesma forma, o crescimento do número de candidaturas femininas nos pleitos em exame.

Entretanto, é possível avançar ainda mais em termos de acesso às candidaturas femininas, garantindo aos candidatos a paridade de gênero, até como forma de intervir radicalmente nas estruturas partidárias e nos espaços de poder. Por isso, a adoção de lista alternada, que garanta 50% das candidaturas para homens e 50% das candidaturas para as mulheres, seria a intervenção mais adequada para corrigir a enorme desigualdade entre gêneros na política. O fato de os partidos e possíveis doadores terem, em regra, preferência por candidatos masculinos ou femininos com histórico e trajetória consolidada e reconhecida faz com que outras mulheres não se disponham a concorrer.

Além das cotas de paridade, é importante assegurar uma fatia das doações eleitorais do partido às candidaturas femininas, como forma de estabelecer maior igualdade de concorrência em comparação com as masculinas. Logo, a criação do fundo, para reservar um percentual de 30% de doações eleitorais, seria uma forma de incentivar e estimular mulheres a concorrer a cargos eletivos e políticos, reduzindo-se, assim, a desigualdade de gênero no espaço político-partidário.

### Sobre os autores

Cristiano Lange dos Santos é doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), Santa Cruz do Sul, RS, Brasil, com estágio doutoral na Universidade de Burgos, Burgos, Espanha; integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens da Unisc, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.  
E-mail: cristiano.advg@gmail.com

Claudia Paim Furlanetto é mestre em Engenharia de Infraestrutura e Meio Ambiente pela Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil; doutoranda em Educação na Universidade do Porto, Porto, Portugal; especialista em Direitos Humanos pelo Instituto Superior de Filosofia Berthier, Passo Fundo, RS, Brasil.  
E-mail: ver.claudiafurlanetto@gmail.com

### Como citar este artigo

(ABNT)

SANTOS, Cristiano Lange dos; FURLANETTO, Claudia Paim. Participação feminina na política: exame da Lei nº 12.034/2009 e a previsão de cotas de gênero. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 191-211, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p191](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p191)

(APA)

Santos, C. L. dos, & Furlanetto, C. P. (2019). Participação feminina na política: exame da Lei nº 12.034/2009 e a previsão de cotas de gênero. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 191-211. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p191](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p191)

### Referências

AVELAR, Lúcia. *Mulheres na elite política brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Unesp: Konrad Adenauer-Stiftung, 2001.

BAMBIRRA, Felipe Magalhães; MARQUES, Milene de Souza. Mulheres, política e (sub) representação feminina: a ADI 5617 e as ações afirmativas para assegurar a participação feminina mínima nas casas legislativas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55,

p. 120-135, set. 2018. DOI: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v2i55.12080>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12080>. Acesso em: 24 jul. 2019.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. (Série Memória e Sociedade).

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1935]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1965]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*. Decreta o Código Eleitoral. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950*. Institui o Código Eleitoral. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1962]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L1164.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L1164.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995*. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/9504.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009*. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm). Acesso em: 23 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.891, de 11 de dezembro de 2013*. Altera as Leis nºs 4.737, de 15 de julho de 1965, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para diminuir o custo das campanhas eleitorais [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2014a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12891.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2014b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015*. Altera as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.831, de 17 de maio de 2019*. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), a fim de assegurar autonomia aos partidos políticos para definir o prazo de duração dos mandatos dos membros dos seus órgãos partidários permanentes ou provisórios [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13831.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13831.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Mulheres na política*. [Brasília, DF]: Senado Federal, Secretaria de Transparência, 2014c. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/dataset/arquivos/pesquisa-aponta-que-para-83-da-populacao-o-sexo-do-candidato-nao-faz-diferenca-na-hora-de-escolher-candidatos>. Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional e eleitoral. Art. 9º da Lei 13.165/2015. Fixação de piso (5%) e de teto (15%) do montante do fundo partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para a aplicação nas campanhas de candidatas [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin, 15 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Repositório de dados eleitorais*. Brasília, DF: TSE, [20-]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-de-dados-eleitorais-1/repositorio-de-dados-eleitorais>. Acesso em: 24 jul. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006a. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006b. p. 1-49.

CAROSIO, Alba. Feminismo latinoamericano: imperativo ético para la emancipación. In: GIRÓN, Alicia (coord.). *Género y globalización*. Buenos Aires: CLACSO, 2009. p. 229-252. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/giron/11caro.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2019.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. A transversalidade das políticas públicas na perspectiva de gênero. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Ed. Edunisc, 2011. p. 194-213.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma jurídica. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131-143.

FONTES, Angela Maria Mesquita; COSTA, Delaine Martins (coord.). *Participação feminina na construção da democracia: um levantamento do resultado das eleições municipais (1992 a 2000) e estaduais (1994 a 2002)*. Rio de Janeiro: Ibam, 2003. Disponível em: <http://www.ibam.org.br/media/arquivos/estudos/condfeminina.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2019.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e ciência política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75-96.

LEMOS, Beatriz Monteiro. *Misoginia, feminismo e representações sociais: o processo de impeachment de Dilma Rousseff na imprensa brasileira (2010-2016)*. 2017. Monografia (Licenciatura em História) – Instituto de Ciências Humanas, Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/18894>. Acesso em: 24 jul. 2019.

MATOS, Marli; CORTÊS, Iáris Ramalho (coord.). *Mais mulheres no poder: contribuição à formação política das mulheres*. Brasília, DF: Presidência da República, Secretaria de Política para as Mulheres, 2010. Disponível em: [http://www.trabalho.pr.gov.br/arquivos/File/observatorio/Contribuicao\\_a\\_formacao\\_politica\\_das\\_mulheres.pdf](http://www.trabalho.pr.gov.br/arquivos/File/observatorio/Contribuicao_a_formacao_politica_das_mulheres.pdf). Acesso em: 24 jul. 2019.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782010000200003>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2019.

PRÁ, Jussara Reis. Antigos problemas e novos desafios: repensando a dimensão política da ação coletiva na ótica de gênero. In: BAQUERO, Marcello (org.). *Desafios da democratização na América Latina: debates sobre cultura política*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1999. p. 147-167.

\_\_\_\_\_. Cidadania e capital social de gênero na América Latina. In: BAQUERO, Marcello (org.). *Capital social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2007. p. 89-121.

RIBEIRO, Ednaldo Aparecido. Cultura política e gênero no Brasil: estudo exploratório sobre as bases da sub-representação feminina. In: BAQUERO, Marcello (org.). *Cultura(s) política(s) e democracia no século XXI na América Latina*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2011. p. 195-218.

SCAVONE, Lucila. A emergência das questões feministas nas ciências sociais. In: \_\_\_\_\_. *Dar a vida e cuidar da vida: feminismo e ciências sociais*. São Paulo: Ed. Unesp, 2004. p. 21-42.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, DF: FLACSO, 2015. Disponível em: [https://www.mapadaviolenca.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](https://www.mapadaviolenca.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 24 jul. 2019.



# Análise envoltória de dados

## Eficiência dos contratos de georreferenciamento na Administração Pública

OTÁVIO MOREIRA DO CARMO JÚNIOR  
CARLOS ROSANO PEÑA

**Resumo:** Este trabalho pretende analisar, por meio da técnica *Network Data Envelopment Analysis (DEA)*, a eficiência técnica da Administração Pública na execução de contratos de georreferenciamento do Programa Terra Legal, no âmbito da política de regularização fundiária na Amazônia. A técnica utilizada foi uma metodologia não paramétrica, que tem como objetivo o uso de programação matemática linear na construção de fronteiras de possibilidades de produção em unidades produtivas denominadas *Decision Making Units (DMUs)*. Sobre os resultados, no Estágio 1, dez unidades se mostraram eficientes, ao passo que, no Estágio 2, apenas um contrato alcançou a eficiência técnica. O estudo ainda demonstrou, por meio da análise de *benchmark*, os contratos com o conjunto de práticas mais eficientes, o que cria oportunidade de melhoria na contratação de serviços pela Administração Pública.

**Palavras-chave:** Análise envoltória de dados. Georreferenciamento. Eficiência. Contratos na Administração Pública.

### **Data Envelopment Analysis: efficiency of georeferencing contracts in Public Administration**

**Abstract:** This work intends to analyze, through the Network Data Envelopment Analysis (DEA) technique, the technical efficiency of the public service in the execution of the georeferencing contracts, carried out as part of the land regularization policy in Amazonia since 2009. The technique used consists of a non-parametric methodology, which has as objective the use of linear mathematical programming in the construction of production possibilities frontiers in production units called DMUs (Decision Making Units). About the results, while in Stage I 10 units proved to be efficient, in Stage II, only 1 contract reached technical efficiency. The study also showed, through the benchmark analysis, that

Recebido em 22/5/19  
Aprovado em 4/7/19

efficient contracts are also those that have good practices, opening space for opportunities for improvement in the hiring of these services by the Public Administration.

**Keywords:** Data envelopment analysis. Georeferencing. Efficiency. Contracts in Public Administration.

## 1 Introdução

O conceito de eficiência no setor público tem sido frequentemente debatido pelos governos, pelos estudiosos e no meio acadêmico. O entendimento mais comum entre os autores define eficiência no setor público como a prestação de bons serviços pelo aparelho do Estado a baixo custo para o cidadão. Por outro lado, o conceito de efetividade estaria relacionado à capacidade do Estado de atender à sociedade por meio das políticas públicas. Nesse sentido, o conceito de eficiência está diretamente conectado à palavra serviço, ao passo que o conceito de efetividade se refere às políticas públicas, ao aparelho do Estado e ao núcleo estratégico (BRASIL, 2018a).

É importante diferenciar tais conceitos dos pressupostos básicos já conhecidos nas ciências econômicas, em que eficiência e eficácia remetem à ideia de melhor escolha alocativa dos recursos, que são escassos, frente às necessidades humanas, que são ilimitadas. Por essa ótica, a eficiência pode ser considerada sinônimo de processo produtivo, sendo, portanto, limitada. Por sua vez, a eficácia, vista como sinônimo de resultado, refere-se a um conceito amplo (CHIAVENATO, 2003).

Não faz muito tempo que o Estado brasileiro vem buscando implementar o modelo de administração pública gerencial em detrimento do modelo burocrático. Uma das principais iniciativas foi a criação do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), lançado pelo Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005 (BRASIL, [2009a]), que partiu da hipótese de que os órgãos e entidades públicas podem e devem concorrer com padrões internacionais de excelência e qualidade em gestão estratégica, sem deixar de serem públicos.

O GesPública buscava seguir os princípios constitucionais da impessoalidade, da legalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, bem como considerava que a qualidade da gestão pública deveria ser orientada para o cidadão, sendo esse o seu grande desafio. O atendimento total ou parcial das demandas da sociedade seria o resultado ao qual

o setor público teria que se dedicar por meio das políticas públicas. A eficiência e a eficácia dessas políticas deveriam ser medidas com base na capacidade de produzir resultados positivos na vida dos cidadãos, melhorando a qualidade de vida em geral.

Em 17 de julho de 2017, o Decreto nº 9.094 (BRASIL, [2019a]) revogou o Decreto nº 5.378, de 2005, instituindo novas diretrizes e medidas para pautar as decisões estratégicas do Governo Federal, que continuaram tendo como finalidade facilitar o atendimento público aos cidadãos.

Este trabalho tem como objetivo analisar a eficiência da gestão pública. Para isso, foi escolhido como estudo de caso o processo de contratação dos serviços de georreferenciamento realizados no âmbito do Programa Terra Legal Amazônia.

O Terra Legal teve origem com a publicação da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009 (BRASIL, [2019c]), com o propósito de regularizar e destinar as terras públicas federais remanescentes na Amazônia Legal. Uma das ações mais relevantes do programa consistia em identificar a malha fundiária nacional por meio do serviço de georreferenciamento dos imóveis. De acordo com a então Subsecretaria de Regularização Fundiária na Amazônia Legal (Serfal) (SIGEF..., 2018), dos 120 milhões de hectares de terras públicas arrecadadas naquela região, o programa georreferenciou aproximadamente 62 milhões de hectares, o equivalente à totalidade do território da França. Cabe ressaltar que, em 2019, o programa foi desarticulado. Instituiu-se, então, a Secretaria Especial de Assuntos Fundiários (Seaf), que foi incorporada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) e está dividindo suas competências com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), conforme Decreto nº 9.667, de 2 de janeiro de 2019 (BRASIL, [2019b]).

A contratação dos serviços de georreferenciamento segue o que determina o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013 (BRASIL, [2018b]), incluindo-se na modalidade de Pregão Eletrônico no Sistema de Registro de Preços. Nesse caso específico, após a realização do concurso público, as empresas vencedoras devem atender os normativos vigentes, executando o trabalho de georreferenciamento dos imóveis. A celebração desses contratos de georreferenciamento tem apresentado diversos problemas, merecendo destaque a frequente incapacidade técnica das empresas, aliada às dificuldades logísticas que caracterizam a região amazônica.

Considerando a importância de o Estado garantir a excelência da gestão pública, com o objetivo de orientar os serviços públicos para resultados eficientes, busca-se, neste artigo, avaliar a eficiência dos contratos de georreferenciamento celebrados no âmbito do Programa Terra Legal. Realizar o planejamento e acompanhar o desempenho desses contratos são tarefas de alta relevância, já que eles envolvem diretamente grande parcela dos recursos públicos. Espera-se que o resultado oriundo da execução dos contratos de georreferenciamento seja o mapeamento de toda a malha fundiária nacional, trazendo benefícios a toda a população brasileira.

Para alcançar o objetivo deste estudo, apresenta-se, na seção 2, a revisão documental e das informações primárias oriundas das bases de dados oficiais do Programa Terra Legal, de modo a contextualizar brevemente essa política pública e explicar como se deu a formalização dos contratos de georreferenciamento. Na seção 3, abordam-se os conceitos teóricos de produção, tecnologia e eficiência, os quais são fundamentais para a compreensão deste trabalho. Na seção 4, explica-se o método *DEA* e seus modelos de análise, o método *Network DEA* e, de forma específica, o modelo e as variáveis construídos para este estudo. Na seção 5, apresentam-se os

resultados da análise da eficiência dos contratos de georreferenciamento celebrados no âmbito do Terra Legal e, na seção 6, as considerações finais.

É importante ressaltar que a técnica *DEA* é uma metodologia não paramétrica, que tem como objetivo a utilização de programação matemática linear para construir fronteiras de possibilidades de produção em unidades produtivas. Como qualquer metodologia, os métodos não paramétricos têm muitas vantagens e desvantagens. Entre as principais vantagens, está o fato de a técnica poder ser aplicada sem dificuldade ao estudo de unidades de produção complexas, públicas ou privadas, com múltiplos produtos e múltiplas entradas, como unidades agrárias, usinas, hospitais, bancos, escolas.

## **2 Sobre os contratos de georreferenciamento no Programa Terra Legal**

O Programa Terra Legal teve início em 2009, como resultado da conversão da Medida Provisória nº 458, de 10 de fevereiro de 2009 (BRASIL, [2009b]), na Lei nº 11.952/2009. Essa lei ainda está vigente e normatiza a questão fundiária e a destinação de terras públicas federais remanescentes na Amazônia Legal. Sua promulgação teve o intuito de acelerar o processo de regularização fundiária das áreas rurais e urbanas, principalmente as situadas na região denominada “Arco de Fogo”, que abrange 43 municípios, responsáveis por 53% do desmatamento na Amazônia Legal (CARMO JÚNIOR, 2018).

Para executar os trabalhos de destinação e regularização de terras públicas na região amazônica, o Governo Federal criou, por meio do Decreto nº 7.255, de 4 agosto de 2010 (BRASIL, [2010a]), a Secretaria Extraordinária

de Regularização Fundiária na Amazônia Legal (Serfal), que coordenava a política fundiária e determinava à Superintendência Nacional de Regularização Fundiária na Amazônia Legal (SRFA), órgão do Incra, a execução de medidas administrativas e atividades operacionais relacionadas à regularização fundiária na Amazônia Legal.

Durante os anos de funcionamento do Programa Terra Legal, o georreferenciamento foi uma das mais complexas e cruciais etapas do processo de titulação de terras, principalmente como forma de controle das ocupações e gestão da malha fundiária nacional (CARMO JÚNIOR, 2018).

Os produtos oriundos dos serviços de georreferenciamento são essencialmente a medição das áreas, a descrição de suas características e a definição de seus limites e suas confrontações. A base normativa que orienta esses serviços encontra-se na Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001 (BRASIL, 2001), e na Norma Técnica para Georreferenciamento de Imóveis Rurais, publicada em 2013 pela Diretoria de Ordenamento da Estrutura Fundiária e Coordenação Geral de Cartografia do Incra. Segundo essa norma, o material georreferenciado deve ser gerado e inserido no Sistema de Gestão Fundiária (Sigef), ferramenta eletrônica do Incra, que tem a finalidade de efetuar a recepção, validação, organização, regularização e disponibilização das informações georreferenciadas sobre os limites de imóveis rurais, públicos e privados (BRASIL, 2013).

A Administração Pública realiza suas contratações em conformidade com o art. 6º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, [2017]). No Terra Legal, para a contratação dos serviços de georreferenciamento, exigia-se que as empresas fossem especializadas, capazes de executar os serviços dentro dos parâmetros normativos, atendendo às demandas de regu-

larização fundiária nas ocupações territoriais rurais, perímetros de glebas públicas federais, perímetros urbanos consolidados e suas áreas de expansão nas terras pertencentes à União, conforme o Decreto nº 7.341, de 22 de outubro de 2010 (BRASIL, 2010b).

### 3 Aspectos teóricos: produção, tecnologia e eficiência

Varian (2012) apresenta conceitos importantes que servem de base teórica para o entendimento da análise de eficiência e construção de fronteiras de possibilidades de produção. Ele explica que as unidades produtivas têm papel fundamental como agentes econômicos responsáveis pelo processo produtivo, que consiste em decidir o quê, quanto e como será produzido em razão de determinada tecnologia.

Ainda conforme o autor, ao considerar essa primeira premissa, é fundamental traçar um conceito para a palavra *produção*, que pode ser entendida como o modo pelo qual bens e serviços são transformados em novos bens e serviços, possibilitando maior grau de utilidade. Os bens e serviços também são denominados fatores de produção, meios de produção ou *inputs*. Frequentemente, os fatores de produção são classificados em categorias como terra, trabalho, capital (físico e financeiro) e matérias-primas. Os resultados da produção ou *outputs* podem gerar tanto produtos desejáveis quanto indesejáveis.

Mello, Meza, Gomes e Biondi Neto (2005) conceituam produtividade como “a razão entre o que foi produzido e o que foi gasto para produzir”. É o quociente entre essas duas quantidades. Dessa forma, a produtividade tem unidades de medidas diferentes para cada caso analisado, uma vez que é o resultado da divisão entre duas quantidades distintas. Segundo os autores,

[s]e tivermos várias empresas que desenvolvem atividades semelhantes, podemos comparar as suas produtividades e investigar porque razão umas são mais produtivas que outras. De forma genérica, uma empresa é mais produtiva que outra porque tomou decisões que lhe permitem aproveitar melhor os recursos. Essas decisões podem ser o uso de uma tecnologia mais avançada, a contratação de mão-de-obra mais qualificada, melhores técnicas gerenciais, ou outras. O importante é que a maior produtividade é, via de regra, decorrente de alguma decisão tomada. Portanto, do ponto de vista deste tipo de análise, as unidades produtoras tomaram decisões e, por isso serão, doravante, denominadas por “Unidades que Tomam Decisões”. É usual usar uma sigla vinda da tradução para inglês. Uma unidade que toma decisões em inglês é *Decision Making Unit*, o que dá a sigla *DMU*. As unidades produtivas passam a ser chamadas de *DMUs*, mesmo nos casos em que não tomam decisão alguma (MELLO; MEZA; GOMES; BIONDI NETO, 2005, p. 2.521).

Para Varian (2012), outro conceito importante refere-se à função de produção. Essa função indica a maior quantidade de produto ( $y$ ) que pode ser obtida com base em determinada quantidade de insumos ( $x$ ); logo, tem-se a função de produção  $y = f(x)$ . Ao considerar mais de um fator de produção ( $x_1, x_2$ ), onde  $x_1$  representa unidades do fator 1, e  $x_2$  unidades do fator 2, a função de produção seria  $y = f(x_1, x_2)$ . Em síntese, a função de produção pode ser  $f(y) = (x_1, x_2, x_3, \dots, x_n)$ . Em outras palavras, as funções de produção estão relacionadas às quantidades dos diversos insumos necessários à produção de uma unidade do bem final. De outra forma, entende-se como a quantidade máxima do bem final, obtida com o uso de quantidades definidas dos fatores de produção. Seu formato geral é:

$$Q = f(N, T, K)$$

Onde,

$Q$  = quantidade do bem final;

$N$  = recursos naturais utilizados (o fator terra, ou natureza);

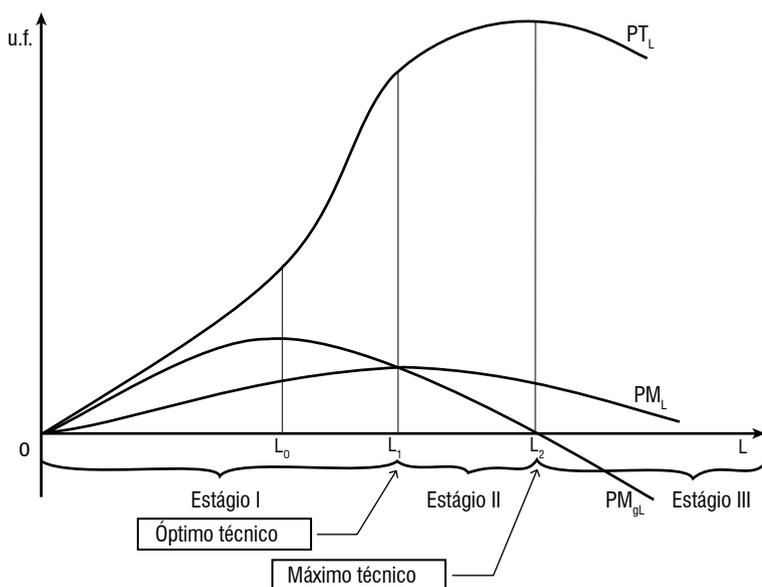
$T$  = quantidades de trabalho utilizadas;

$K$  = quantidades de capital utilizadas.

A Figura 1 apresenta o modelo gráfico ou formato da curva da função de produção, onde ficam evidenciados os diferentes estágios de produção que proporcionam diferentes retornos de escala.

### Figura 1

Função de produção



Fonte: Saraiva (1988).

No estágio I, os retornos de escala são crescentes; no estágio II, os retornos são constantes; no estágio III, são decrescentes. Os pontos  $L_1$  e  $L_2$  representam unidades produtivas com níveis de produção eficientes, porém com diferentes níveis de produtividade média (PML), uma vez que, em  $L_1$ , a PML é maior do que em  $L_2$ . Assim, do ponto  $L_1$  ao ponto  $L_2$ , cada acréscimo em unidade do fator de produção trabalho ( $L$ ) proporciona acréscimos cada vez menores à produção total. Qualquer ponto fora da curva representa ineficiência produtiva.

Do ponto de vista dos insumos, as relações produtivas podem ser explicadas pelas curvas de isoquantas, que representam o conjunto de

todas as combinações possíveis dos insumos  $x_1$  e  $x_2$ , necessários para produzir a mesma quantidade de produto  $y$ . As isoquantas são rotuladas pela tecnologia (JEHLE; RENY, c2001).

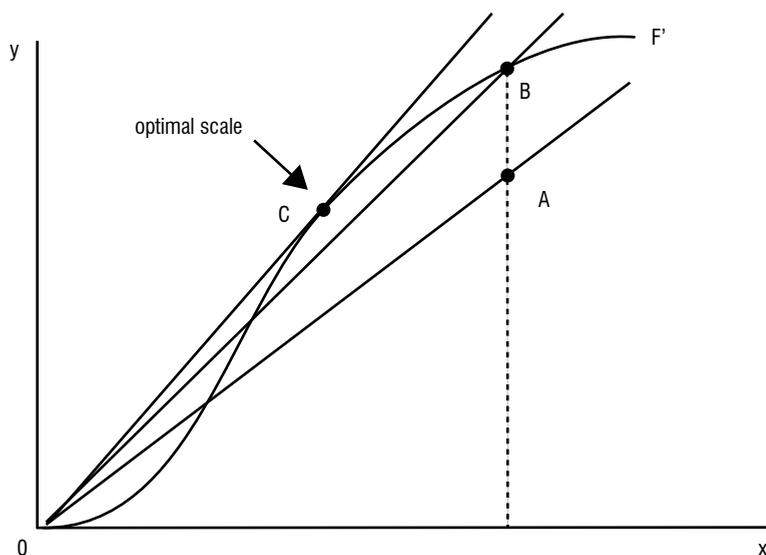
Rosano Peña (2008) afirma que a tecnologia pode ser caracterizada pelo conjunto de recursos, informações e métodos utilizados no processo produtivo. Ela resulta da incorporação do conhecimento científico aos processos produtivos e poderá ser o principal entrave enfrentado pelo gestor na otimização dos resultados. O conhecimento da tecnologia é um requisito primordial para analisar os resultados do processo produtivo. Em sentido mais amplo, a tecnologia está ligada à capacidade de organização das unidades produtivas.

Outro conceito relevante em relação à tecnologia é o conjunto de possibilidades de produção (CPP), que mede a viabilidade de produção com o emprego de determinadas funções de produção e tecnologia. Em outras palavras, serve como meio para definir a tecnologia de determinado setor produtivo. A função que traduz essa relação é expressa por  $CPP = \{(x, y): x \text{ pode produzir } y\}$ , onde  $x = (x_1, x_2, \dots, x_m)$  indica o vetor ou conjunto de insumos que, depois de combinados e transformados, podem produzir um vetor de novos bens e serviços  $y = (y_1, y_2, \dots, y_s)$ , num determinado período de tempo. Assim, cada par de vetores  $(x, y)$  consiste em um processo produtivo viável (JEHLE; RENY, c2001).

Coelli, Prasada Rao e Battese (c1998) apresentam, na Figura 2, a fronteira do conjunto de possibilidades de produção (CPP), utilizada para definir o nível máximo de produção para cada nível de insumos com a tecnologia existente. O CPP é representado pelo segmento OF, e os pontos que tangenciam a fronteira são considerados unidades produtivas eficientes, as quais combinam seus insumos com as melhores práticas. Portanto, essa fronteira é formada pelas unidades produtivas que maximizam a produção ou minimizam os insumos. A ineficiência é medida com base na distância a que a unidade produtiva se encontra da fronteira. Na Figura 2, o ponto A indica uma unidade produtiva ineficiente, uma vez que, nesse ponto, a produção está ocorrendo abaixo do seu potencial. A produtividade da unidade A é inferior à produtividade da unidade B, ou seja, no ponto B, a unidade maximiza a produção com os insumos dados, alcançando assim eficiência técnica pura. Por outro lado, analisando-se o ponto A em relação ao ponto C, observa-se que sua produtividade (medida pela inclinação do raio  $y/x$ ) é menor, fato gerado pela ineficiência de escala. A unidade B opera no ponto da curva com retornos decrescentes de escala, superdimensionando seus recursos produtivos. O ponto ótimo é dado pela unidade C, onde ocorre a maior produtividade.

## Figura 2

Produtividade, eficiência técnica pura e eficiência de escala



Fonte: Coelli, Prasada Rao e Battese (c1998).

Ao considerar todo esse arcabouço teórico que envolve a teoria da produção, Farrell (1957) propôs a construção de uma função de produção que fosse utilizada para medir eficiência técnica. Para isso, baseou-se em modelos econométricos não paramétricos para elaboração de fronteira determinística.

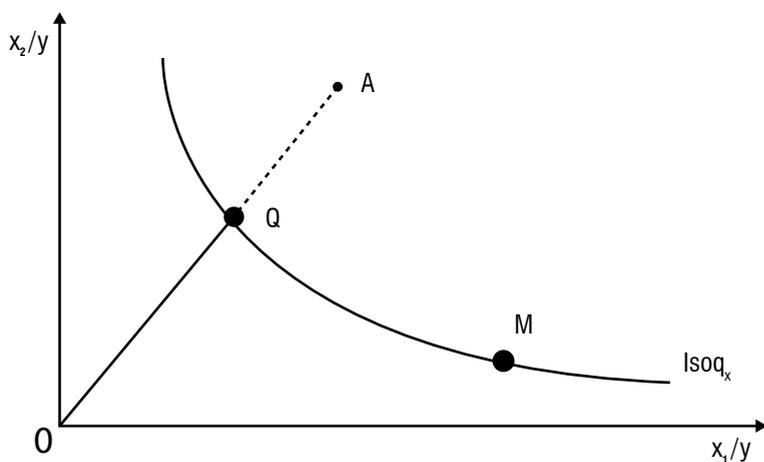
A Figura 3 mostra um exemplo de isoquanta, representada pela curva  $Isoqx$ , onde as unidades produtivas nos pontos M e Q são eficientes. Esses pontos indicam as melhores combinações de insumos  $x$  para produzir o máximo de produto  $y$ . A unidade produtiva que se encontra no ponto A é ineficiente, tendo em vista que ela ainda pode manter o mesmo nível de produção reduzindo a quantidade de insumos utilizados no processo produtivo, como mostra o segmento QA. Dessa forma, considera-se o conceito de eficiência técnica, dada pela razão  $QA/OA$ .

A eficiência pode ser entendida como a combinação ótima dos insumos e métodos necessários (*inputs*) no processo produtivo, gerando o máximo de produto (*output*). Consideram-se dois tipos de eficiência: a já mencionada eficiência técnica e a eficiência econômica ou alocativa, que está relacionada com a maximização da riqueza e do bem-estar social (COELLI; PRASADA RAO; BATTESE, c1998). Segundo Belloni (2000), o critério de eficiência na produção remete ao conceito de racionalidade econômica e de produtividade material, revelando a capacidade que a

unidade tem de produzir bens e serviços, obtendo o máximo de resultados com o mínimo de recursos.

**Figura 3**

Isoquanta



Fonte: adaptada de Coelli, Prasada Rao e Battese (c1998).

A primeira abordagem analítica para medir a eficiência do processo de produção remonta aos trabalhos de Koopmans (1951), Debreu (1951) e Farrell (1957). Segundo Koopmans (1951), um vetor de *input-output* é tecnicamente eficiente se, e somente se, for possível aumentar o *output* obtido, ou diminuir a *input* empregado, apenas por meio da redução de outra saída ou do aumento de outra entrada. Essa pode ser vista como a primeira definição de eficiência técnica, sendo praticamente uma adaptação do conceito de eficiência de Pareto.

De acordo com Debreu (1951) e Farrell (1957), no modelo orientado aos *inputs*, a eficiência pode ser medida considerando a máxima redução equiproporcional de todos os *inputs*, enquanto os *outputs* são mantidos constantes. Esse conceito é difundido como medida Debreu-Farrell, da qual se originaram os modelos *DEA* clássicos, CCR (CHARNES; COOPER; RHODES, 1978) e BCC (BANKER; CHARNES; COOPER, 1984). Farrell importou a mensuração da eficiência global ou econômica como produto da eficiência técnica e da eficiência alocativa. Debreu oferece a primeira extensão radial do conceito de eficiência da produção por meio do coeficiente de recursos utilizados por unidade de produção. Em síntese, a eficiência técnica consiste na capacidade de maximizar a quantidade produtiva por meio dos fatores de produção disponíveis, ou

mesmo pela habilidade de minimizar a quantidade de insumos necessários para produzir determinada quantidade de produtos. Nesse sentido, a eficiência técnica pode ser orientada ao aumento do produto (abordagem do produto) ou à redução dos insumos (abordagem dos insumos).

Outro conceito igualmente importante que cabe ressaltar é o significado de eficácia. Segundo Mello, Meza, Gomes e Biondi Neto (2005, p. 2.520), a eficácia está conectada unicamente ao que é produzido, sem considerar os recursos utilizados para a produção:

Se um curso pré-vestibular conseguiu aprovar 15 alunos em um vestibular para o curso de odontologia de uma universidade que oferece 20 vagas, podemos dizer que ele foi eficaz. No entanto, não sabemos se ele foi eficiente. Não são conhecidos, entre outras coisas, que tipo de alunos estavam inscritos, quantos professores trabalhavam, quantas horas de aula por semana eram dadas, que recursos audiovisuais estavam à disposição etc. Além de tudo isso, não sabemos que resultados foram obtidos pelos cursos concorrentes.

## 4 Fundamentos metodológicos: o método DEA

A metodologia *DEA*, criada por Farrell (1957) e aperfeiçoada por Charnes, Cooper e Rhodes (1978), é uma técnica não paramétrica, que aceita operar com várias saídas (*outputs*) e entradas (*inputs*), visando medir, comparativamente, o desempenho de unidades produtivas ou *DMUs* independentes, ou seja, permite medir a eficiência de cada unidade. A técnica *DEA* é decorrente de programação linear padrão, que procura estabelecer a eficiência máxima da *DMU*, retratando a razão entre *inputs* e *outputs* e comparando o desempenho da unidade em relação ao grupo de unidades semelhantes. Essa técnica aplicada possibilita apontar quais unidades têm desempenho mais eficiente (AZAMBUJA; OLIVEIRA; LIMA, 2015).

Gomes (2008) enfatiza que, por meio da técnica, é possível comparar os desempenhos das *DMUs* que operam em tarefas similares e se diferenciam nas quantidades de *inputs*, as entradas que consomem, e de produtos (*outputs*), as saídas que produzem.

Lobo, Lins, Silva e Fiszman (2010), Fraser e Cordina (1999) explicam que a técnica *DEA* usa a programação linear para construir uma fronteira de eficiência relativa por partes, pelo uso de *inputs* e pela produção de *outputs* para construção da fronteira de possibilidades de produção. A função das *DMUs* é construir a fronteira de produção que representará as combinações eficientes de *inputs* que resultam em *outputs*, utilizando variedade idêntica de *inputs* para produzir também idênticos *outputs*.

Charnes, Cooper, Lewin e Seiford (c1994) afirmam que a técnica *DEA* se baseia em definição similar à de ótimo de Pareto, segundo a qual nenhum *output* pode ser incrementado sem que sejam aumentados os seus *inputs* ou diminuída a produção de outro *output*. A eficiência é relativa, já que depende das unidades apresentadas. O método tem aplicação multidisciplinar e é usado para avaliar o desempenho das empresas.

Arzubi e Berbel (2002) ressaltam a possibilidade de uso da técnica *DEA* para fazer *benchmarking*, já que ela permite comparar as empresas ineficientes com as eficientes, que servem como referência ou *benchmark*, possibilitando extrair informações para a tomada de decisões quanto às ineficiências e buscar a melhoria contínua.

Segundo Mello, Meza, Gomes e Biondi Neto (2005), os modelos clássicos do *DEA* são o CCR, igualmente conhecido por *CRS – Constant Returns to Scale*, formulado por Charnes, Cooper e Rhodes em 1979 –, e o modelo de Banker, Charnes e Cooper, de 1984, chamado de BCC, desenvolvido para incluir retornos variáveis de escala, *VRS – Variable Returns to Scale*. O primeiro modelo, *CCR-DEA*, trabalha com retornos constantes à escala, isto é, qualquer variação nos insumos produz variação proporcional nos produtos. O segundo modelo, *BCC-DEA*, considera retornos variáveis de escala, isto é, os retornos crescentes e decrescentes na fronteira da eficiência. Cada um desses dois modelos clássicos, *CCR-DEA* e *BCC-DEA*, pode ser construído sob duas formas básicas de maximização da eficiência: 1) reduzir o consumo de insumos, mantendo o nível de produção, ou seja, orientado ao insumo; 2) aumentar a produção, dados os níveis de insumos, ou seja, orientado ao produto.

a. Modelo CCR orientado a *input*:

$$\text{Maximizar } h_0 = \sum_{r=1}^m u_r y_{r0}$$

Sujeito a:

$$\sum_{i=1}^n v_i x_{i0} = 1$$

$$\sum_{r=1}^m u_i y_{rj} \leq \sum_{i=1}^n v_i x_{ij}$$

$$u_r, v_i \geq 0$$

Considerando:

$y = \text{outputs}; x = \text{inputs};$

$u, v = \text{pesos};$

$r = 1, \dots, m; i = 1, \dots, n; e$

$$j = l, \dots, N$$

b. Modelo CCR orientado a *output*:

$$\text{Minimizar } h_k = \sum_{i=l}^n v_r x_{ik}$$

Sujeito a:

$$\sum_{r=l}^m u_i y_{rk} = 1$$

$$\sum_{r=l}^m u_r y_{rj} \leq \sum_{i=l}^n v_i x_{ij}$$

$$u_r, v_i \geq 0$$

Considerando:

$y = \text{outputs}; x = \text{inputs};$

$u, v = \text{pesos};$

$r = 1, \dots, m; i = 1, \dots, n; e$

$j = l, \dots, N$

c. Modelo BCC orientado a *input*:

$$\text{Maximizar } h_0 = \sum_{r=l}^m u_r y_{rk} - u_k$$

Sujeito a:

$$\sum_{r=l}^n v_i x_{ik}$$

$$\sum_{i=l}^n u_r y_{rj} - \sum_{i=l}^n v_i x_{ij} - u_k \leq 0$$

$$u_r, v_i \geq 0$$

Considerando:

$y = \text{outputs}; x = \text{inputs};$

$u, v = \text{pesos};$

$r = 1, \dots, m; i = 1, \dots, n; e$

$j = l, \dots, N$

d. Modelo BCC orientado a *output*:

$$\text{Minimizar } h_k = \sum_{i=l}^n v_i x_{ki} + v_k$$

Sujeito a:

$$\sum_{r=l}^m u_r y_{rk} = 1$$

$$\sum_{r=l}^m u_r y_{jr} - \sum_{i=l}^n v_i x_{jr} - v_k \leq 0$$

$$u_r, v_i \geq 0$$

Considerando:

$y = \text{outputs}; x = \text{inputs};$

$u, v = \text{pesos};$

$r = 1, \dots, m; i = 1, \dots, n; e$

$j = l, \dots, N$

#### 4.1 Método *Network DEA*

Tone e Tsutsui (2009) afirmam que os modelos *DEA* tradicionais lidam com medidas de eficiência relativa das *DMUs*, considerando múltiplas entradas *versus* múltiplas saídas, mas negligenciam produtos intermediários ou atividades de ligação. Por essa razão, propuseram um modelo baseado em redes ou *networks*, apropriado para análises de eficiência que incluem produtos intermédios. Usando esse modelo, é possível avaliar não só a eficiência total, mas também a eficiência nas etapas intermediárias.

Lobo, Lins, Silva e Fiszman (2010, p. 584), ao avaliar o desempenho e a integração docente-assistencial nos hospitais universitários usando o modelo *Network DEA*, afirmaram que os “sistemas com dois ou mais processos conectados entre si, seja em série, seja em paralelo, formam redes *networks*”. Esse tipo de modelo possibilita a construção de fluxos de relação entre variáveis, permitindo não só comparar a pontuação da eficiência total, mas também cada dimensão ou processo que se desenvolve no interior da *DMU*.

Sabendo que o modelo *Network DEA* exige parâmetros de entrada e saída (*inputs* e *outputs*) para analisar a eficiência das *DMUs* com base nas melhores práticas de cada estágio do processo, serão descritos detalhadamente a fundamentação técnica, os critérios de seleção das variáveis e o modelo *network* aqui construído.

#### 4.2 Variáveis do estudo e proposta de modelo

Desde 2009, o Programa Terra Legal celebrou 131 contratos de georreferenciamento, distribuídos em sete pregões eletrônicos, classificados em

ordem alfabética (A, B, C, D, E, F e G). Para efeito da presente pesquisa, foram selecionados 102 contratos, aqui denominados de *DMUs*, com as informações necessárias para a análise pretendida.

Segundo Banker e Datar (1989), para satisfazer ao modelo e obter resultados confiáveis, é necessário que a quantidade de *DMUs* seja, pelo menos, igual a três vezes o número total de variáveis de entradas, saídas e intermediárias.

Para desenvolver o modelo *Network DEA*, classificou-se cada contrato como uma *DMU* e, no estágio 1, foram selecionados três *inputs* e um *output* (intermediário):

#### *Inputs*

- Valor pago por contrato (R\$);
- Duração do contrato (nº de dias);
- Preço do quilômetro contratado (R\$), que neste caso foi considerado uma variável “peso”, indicando que, quanto maior for o preço do quilômetro contratado, maior será o nível de dificuldade enfrentado pela empresa executora.

#### *Output*

- Quantidade de quilômetros georreferenciados.

No estágio 2, foi selecionado um *input* e um *output*:

#### *Input*

- Quantidade de quilômetros georreferenciados.

#### *Output*

- Nº de títulos emitidos por contrato.

A Figura 4 explica o modelo:

### Figura 4

Modelo *Network DEA* aplicado aos contratos de georreferenciamento no Programa Terra Legal



Fonte: elaborada pelos autores.

Após selecionar as variáveis, o passo seguinte inclui submeter os dados ao modelo *DEA* por meio de um *software* específico, no caso o *MaxDEA Pro 6.3*. A eficiência foi calculada considerando retornos constantes de escala (CCR), orientada ao produto (*outputs*).

## 5 Resultados e discussões

Considerando o modelo *Network DEA* desenhado para esta pesquisa, é possível afirmar que, dos 102 contratos de georreferenciamento realizados no âmbito do Programa Terra Legal Amazônia, o índice médio de eficiência (*Score*) para o estágio 1 foi de aproximadamente 50%; no estágio 2, de 12,4%; em relação à eficiência total, foi de 5,4%.

Considerando uma análise com retornos constantes de escala (CCR), a Tabela 1 apresenta a relação dos contratos de georreferenciamento que tangenciaram a curva de eficiência no primeiro estágio, em que o produto a ser entregue é a quantidade de quilômetros georreferenciados. Esses contratos foram identificados pelos números ordinais (1, 13, 31, 4, 45, 5, 63, 67, 95 e 97), sendo, possivelmente, aqueles em que empresas contratadas tomaram as melhores decisões e, conseqüentemente, tiveram as melhores práticas.

**Tabela 1**

Contratos de georreferenciamento eficientes

<i>DMU</i>	<i>Score</i>	<i>Benchmark (Lambda)</i>	<i>Times as a benchmark for another DMU</i>
Contrato 1	1	Contrato 1 (1.000000)	10
Contrato 13	1	Contrato 13 (1.000000)	19
Contrato 31	1	Contrato 31 (1.000000)	7
Contrato 4	1	Contrato 4 (1.000000)	12
Contrato 45	1	Contrato 45 (1.000000)	64
Contrato 5	1	Contrato 5 (1.000000)	22
Contrato 63	1	Contrato 63 (1.000000)	38
Contrato 67	1	Contrato 67 (1.000000)	13
Contrato 95	1	Contrato 95 (1.000000)	32
Contrato 97	1	Contrato 97 (1.000000)	10

Fonte: elaborada pelos autores.

Essa conclusão torna-se ainda mais evidente quando se observa a análise de *benchmark*, que mostra a liderança do Contrato 45 como o que mais serviu de referência de boas práticas (64 vezes). Na sequência, vem o Contrato 63 (38 vezes) e o Contrato 95 (32 vezes). Tais inferências são relevantes para a Administração Pública, já que norteiam a definição de critérios discricionários dos futuros editais dos pregões.

É possível elencar diversos motivos para justificar a eficiência de um contrato de georreferenciamento em relação a outro. Quando se trata de serviços prestados na região Amazônica, os motivos são diversos, como a

facilidade ou dificuldade de acesso aos grandes centros urbanos, o período de execução dos trabalhos, principalmente em decorrência das estações chuvosas, além da maior ou menor densidade de floresta.

Com base nesses resultados, a Administração Pública precisa investigar as razões pelas quais alguns contratos foram eficientes e quais foram as melhores práticas. Um exemplo é o Contrato 45, que pode servir como instrumento de análise. Por meio dele, será possível identificar a razão dos verdadeiros entraves que impediram que outros contratos também fossem eficientes.

A Tabela 2 apresenta o *ranking* dos contratos que tiveram as maiores folgas em relação à variável tempo. A coluna *Slack Movement* (Tempo) indica em quantos dias a menos os contratos deveriam ter sido executados; ou seja, diante da quantidade de quilômetros entregues, o mesmo resultado poderia ter sido alcançado pela empresa em menos tempo? A resposta é sim para o Contrato 96, por exemplo, que foi ineficiente no primeiro estágio, com um índice de 0,532713, e poderia ter entregado sua produção 570 dias antes, bem como os Contratos 59 (-544), 107 (-487), 103 (-483), 106 (-460), entre outros. De forma análoga, a coluna *Projection* (Tempo) indica o tempo ideal (nº de dias) que cada contrato deveria ter durado. Assim, o Contrato 96, que durou 992 dias, poderia ter sido executado em aproximadamente 422, ao passo que o Contrato 108, que durou 626 dias, poderia ter sido executado em cerca de 210.

**Tabela 2**

Ranking das 10 *DMUs* mais ineficientes em relação ao tempo (nº de dias) de duração do contrato

<i>DMU</i>	<i>Score</i>	<i>Slack Movement</i> (Tempo)	<i>Projection</i> (Tempo)
Contrato 96	0,532713	-569,742431	422,257569
Contrato 59	0,821776	-544,315409	397,684591
Contrato 107	0,713093	-487,627811	256,372189
Contrato 103	0,71219	-483,781728	260,218272
Contrato 106	0,662366	-460,657018	283,342982
Contrato 109	0,882	-445,22116	298,77884
Contrato 76	0,839	-417,6273	318,3727
Contrato 108	0,701269	-415,385114	210,614886
Contrato 68	0,592719	-369,471912	213,528088
Contrato 72	0,691277	-366,143563	216,856437

Fonte: elaborada pelos autores.

Ainda sobre o primeiro estágio, a Tabela 3 apresenta o movimento radial a ser percorrido pelos vinte contratos com maiores índices de

eficiência. Os contratos que tiveram índice de eficiência igual a 1 não apresentaram movimento radial, uma vez que já se encontram na fronteira de eficiência. Em relação aos demais contratos, os ineficientes, esses precisariam combinar as melhores práticas de forma a aumentar seu desempenho. Assim, a coluna *Proportionate Movement* (km entregues) apresenta quanto cada contrato deveria aumentar a quantidade de produto (quilômetros entregues) para alcançar a fronteira de eficiência. O Contrato 91, por exemplo, que teve índice de eficiência de 0,96, precisaria aumentar seu produto para 301,29 quilômetros entregues. Por outro lado, na coluna *Projection* (km entregues), é possível verificar o nível ótimo de produção projetado para cada contrato.

**Tabela 3**

Movimento radial em relação à quantidade de quilômetros entregues

<i>DMU</i>	<i>Score</i>	<i>Proportionate Movement</i> (km entregues)	<i>Projection</i> (km entregues)
Contrato 1	1	0,00	10.941,18
Contrato 13	1	0,00	29,40
Contrato 31	1	0,00	262,54
Contrato 4	1	0,00	15.392,82
Contrato 45	1	0,00	11.399,74
Contrato 5	1	0,00	6.877,30
Contrato 63	1	0,00	8.859,55
Contrato 67	1	0,00	12.251,59
Contrato 95	1	0,00	3.489,32
Contrato 97	1	0,00	631,35
Contrato 91	0,963353	301,29	8.221,46
Contrato 73	0,904284	654,98	6.842,97
Contrato 25	0,893618	201,77	1.896,62
Contrato 109	0,882	659,63	5.590,10
Contrato 69	0,867893	1926,35	14.581,67
Contrato 16	0,858031	1575,13	11.094,84
Contrato 58	0,8558	1743,12	12.088,16
Contrato 18	0,843977	2080,93	13.337,37
Contrato 75	0,840671	951,70	5.973,18
Contrato 76	0,839	884,25	5.492,23

Fonte: elaborada pelos autores.

No segundo estágio, apenas o Contrato 79 se mostrou eficiente, com um índice de 100%. Chama a atenção o fato de que esse contrato teve um índice de eficiência baixo no primeiro estágio, apenas 36%. Dos 102 contratos de georreferenciamento analisados, apenas 67 conseguiram emitir títulos de propriedade a produtores rurais na Amazônia, que é um produto final dessa modelagem, característico do segundo estágio.

É importante destacar que todas essas conclusões ainda são preliminares, pois é preciso especificar outras variáveis não inseridas neste estudo. A principal razão de muitos contratos não terem sido eficientes no segundo estágio está no fato de que nem todos tiveram como principal produto final o título entregue ao produtor rural. Muitos desses contratos priorizaram o georreferenciamento do perímetro de glebas públicas federais ou áreas a serem destinadas para outras finalidades. Por exemplo, há contratos que prestaram serviços de georreferenciamento em áreas de unidades de conservação, áreas de assentamentos, áreas urbanas etc., ou seja, contemplaram variáveis que não foram objeto de estudo desta pesquisa e certamente mudariam os índices de eficiência dos contratos no segundo estágio.

## 6 Considerações finais

A necessidade de orientar o serviço público para uma gestão por resultados e de excelência requer inovações nos métodos de planejamento, monitoramento e avaliação dos serviços prestados. A metodologia *DEA* foi apresentada como forma de subsidiar a Administração Pública na averiguação da eficiência dos contratos institucionais. Nesta pesquisa, foram escolhidos para análise os contratos de georreferenciamento celebrados no âmbito do Programa Terra Legal Amazônia.

Com a aplicação da metodologia *DEA*, foi possível aferir a eficiência técnica dos contratos analisados, além de classificá-los de acordo com os índices de eficiência. Esses índices mostraram que 10 contratos foram 100% eficientes no primeiro estágio, que teve como produto intermediário o total de quilômetros georreferenciados entregues à Administração Pública. No segundo estágio, que tinha como produto final o número

de títulos entregues a produtores rurais por contrato, apenas um contrato se mostrou eficiente. Por fim, nenhum dos contratos analisados conseguiu atingir a fronteira de eficiência em ambos os estágios, ou seja, nenhum alcançou eficiência total para o modelo *Network DEA*.

Analisaram-se também as folgas em relação ao tempo de execução do serviço contratado, evidenciando-se que vários contratos duraram muito mais tempo do que o necessário, mesmo em condições favoráveis em termos de insumos e com menores níveis de dificuldade de execução. O Contrato 96, com um índice de 53% de ineficiência no primeiro estágio, foi o que mais se prolongou no tempo, e sua execução poderia ter sido finalizada 570 dias antes.

Sobre a análise de *benchmark*, o Contrato 45 serviu de referência de boas práticas para outros 64 contratos; o Contrato 63, para outros 38; e o Contrato 95, para outros 32 contratos. Essa análise é relevante para a Administração Pública, já que permite traçar critérios objetivos quanto aos serviços a serem contratados. Ficam em evidência as melhores práticas que, comparadas às demais, poderão auxiliar os gestores na tomada de decisão, além de permitir o entendimento sobre os verdadeiros entraves que impediram que outros contratos também fossem eficientes.

Neste estudo foi possível avaliar a eficiência dos contratos de georreferenciamento no Programa Terra Legal, desde a entrega do produto intermediário (quilômetros entregues) no estágio 1, até o produto final (títulos emitidos) no estágio 2. Porém, são análises que ainda precisam ser aprimoradas, tendo em vista a complexidade de obter todas as informações necessárias.

O estudo considerou um modelo simplista, que inclui apenas dois estágios de produção do processo de regularização fundiária. Para outras análises, recomenda-se que sejam incluídas outras etapas do processo, como *inputs* e *outputs* da análise processual e da análise jurídica, tornando

possível identificar todos os gargalos e orientar melhor a Administração Pública para a concretização da gestão por resultados.

## Sobre os autores

Otávio Moreira do Carmo Júnior é mestre em Agronegócio pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Gestão Pública pela Faculdade Fortium, Taguatinga, DF, Brasil; bacharel em Economia pela Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus, BA, Brasil; servidor público do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Brasília, DF, Brasil. E-mail: otavio.junior@agricultura.gov.br

Carlos Rosano Peña é doutor em Economia pela Peoples' Friendship University of Russia, Moscou, Rússia; pós-doutor e mestre pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professor associado da pós-graduação em Agronegócio e Economia da UnB, Brasília, DF, Brasil. E-mail: gmcrosano@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

CARMO JÚNIOR, Otávio Moreira do; ROSANO PEÑA, Carlos. Análise envoltória de dados: eficiência dos contratos de georreferenciamento na Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 213-234, jul./set. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p213](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p213)

(APA)

Carmo, O. M. do, Jr., & Rosano Peña, C. (2019). Análise envoltória de dados: eficiência dos contratos de georreferenciamento na Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 213-234. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril\\_v56\\_n223\\_p213](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p213)

## Referências

ARZUBI, A.; BERBEL, J. Determinación de índices de eficiencia mediante DEA en explotaciones lecheras de Buenos Aires. *Investigación Agraria: producción y sanidad animales*, [s. l.], v. 17, n. 1-2, p. 103-123, 2002. Disponível em: [http://www.inia.es/gcontrec/pub/arzubi\\_1161097578171.pdf](http://www.inia.es/gcontrec/pub/arzubi_1161097578171.pdf). Acesso em: 9 jul. 2019.

AZAMBUJA, Ana Maria Volkmer de; OLIVEIRA, Maiquiel Schmidt; LIMA, Milton Luiz Paiva de. Análise de desempenho operacional em terminais de contêineres brasileiros. *The Journal of Transport Literature*, [s. l.], v. 9, n. 4, p. 25-29, Oct. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/jtl/v9n4/2238-1031-jtl-09-04-0025.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BANKER, Rajiv D.; CHARNES, Abraham; COOPER, William W. Some models for estimating technical and scale inefficiencies in data envelopment analysis. *Management Science*, [s. l.], v. 30, n. 9, p. 1.078-1.092, Sept. 1984. DOI: <https://doi.org/10.1287/mnsc.30.9.1078>.

BANKER, Rajiv D.; DATAR, Srikant M. Sensitivity, precision, and linear aggregation of signals for performance evaluation. *Journal of Accounting Research*, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 21-39, 1989. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/76dd/4451d3d66a5b9a9a72961797c4d02b464b50.pdf?\\_ga=2.4409715.1361993407.1562697619-1601335502.1562697619](https://pdfs.semanticscholar.org/76dd/4451d3d66a5b9a9a72961797c4d02b464b50.pdf?_ga=2.4409715.1361993407.1562697619-1601335502.1562697619). Acesso em: 9 jul. 2019.

BELLONI, José Angelo. *Uma metodologia de avaliação da eficiência produtiva de universidades federais brasileiras*. 2000. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/78457/153160.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 jul. 2019.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex post*. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 2018a. v. 2. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/downloads/guiaexpost.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005*. Institui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GESPÚBLICA e o Comitê Gestor do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009a]. [Revogado]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5378.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5378.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.255, de 4 de agosto de 2010*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento Agrário, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2010a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/D7255.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/D7255.htm). Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.341, de 22 de outubro de 2010*. Regulamenta a Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para dispor sobre a regularização fundiária das áreas urbanas situadas em terras da União no âmbito da Amazônia Legal, definida pela Lei Complementar nº 124, de 3 de janeiro de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7341.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7341.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013*. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017*. Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, institui o Cadastro de Pessoas Físicas – CPF como instrumento suficiente [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9094.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9094.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 9.667, de 2 de janeiro de 2019*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e altera o Decreto nº 6.464 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9667.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9667.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *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, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001*. Altera dispositivos das Leis nºs 4.947, de 6 de abril de 1966, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.739, de 5 de dezembro de 1979, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10267.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10267.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009*. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 458, de 10 de fevereiro de 2009*. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal, altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2009b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Mpv/458.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Mpv/458.htm). Acesso em: 11 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Agrário. *Norma técnica para georreferenciamento de imóveis rurais*. 3. ed. Brasília, DF: Incra, 2013. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/media/institucional/norma%20tecnica%20para%20georreferenciamento%20de%20imoveis%20rurais%203%20edi%C3%A7%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CARMO JÚNIOR, Otávio Moreira do. *Regularização fundiária e sua relação econômico-ambiental na Amazônia Legal: uma análise espacial*. 2018. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Faculdade de Agronomia e Medicina Veterinária, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/32872>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CHARNES, Abraham; COOPER, William W.; LEWIN, Arie Y.; SEIFORD, Lawrence M. (ed.). *Data envelopment analysis: theory, methodology, and application*. Boston: Kluwer Academic, c1994.

CHARNES, Abraham; COOPER, William W.; RHODES, Edwardo. Measuring the efficiency of decision making units. *European Journal of Operational Research*, [s. l.], v. 2, n. 6, p. 429-444, Nov. 1978. DOI: [https://doi.org/10.1016/0377-2217\(78\)90138-8](https://doi.org/10.1016/0377-2217(78)90138-8).

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2003.

COELLI, Tim; PRASADA RAO, D. S.; BATTESE, George E. *An introduction to efficiency and productivity analysis*. Boston: Kluwer Academic Publishers, c1998.

DEBREU, Gerard. The coefficient of resource utilization. *Econometrica*, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 273-292, July 1951. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1906814.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

FARRELL, M. J. The measurement of productive efficiency. *Journal of the Royal Statistical Society*, [London], v. 120, n. 3, p. 253-290, 1957. DOI: <https://doi.org/10.2307/2343100>.

FRASER, I.; CORDINA, D. An application of data envelopment analysis to irrigated dairy farms in Northern Victoria, Australia. *Agricultural Systems*, Netherlands, v. 59, n. 3, p. 267-282, Mar. 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0308-521X\(99\)00009-8](https://doi.org/10.1016/S0308-521X(99)00009-8).

GOMES, Eliane Gonçalves. Uso de modelos DEA em agricultura: revisão da literatura. *Engevista*, [Rio de Janeiro], v. 10, n. 1, p. 27-51, jun. 2008. Disponível em: <https://www.alice.cnptia.embrapa.br/alice/bitstream/doc/657598/1/UsodemodelosDEAemagricultura.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

JEHLE, Geoffrey Alexander; RENY, Philip J. *Advanced microeconomic theory*. 2nd ed. Boston: Addison-Wesley, c2001.

KOOPMANS, Tjalling C. Efficient allocation of resources. *Econometrica*, [s. l.], v. 19, n. 4, p. 455-465, Oct. 1951. Disponível em: <http://competitionandappropriation.com/wp-content/uploads/PDF/5-1870%27sMarginalRevolution/3-ModernGenEq/Koopmans-EfficientAllocationResources.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2019.

LOBO, Maria Stella de Castro; LINS, Marcos Pereira Estellita; SILVA, Angela Cristina Moreira da; FISZMAN, Roberto. Avaliação de desempenho e integração docente-assistencial nos hospitais universitários. *Revista de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, p. 581-590, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v44n4/01.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MELLO, João Carlos Correia Baptista Soares de; MEZA, Lidia Angulo; GOMES, Eliane Gonçalves; BIONDI NETO, Luiz. Curso de análise envoltória de dados. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE PESQUISA OPERACIONAL, 37., 2005, Gramado. *Anais* [...]. Gramado: SBPO, 2005. p. 2.520-2.547. Disponível em: <http://www.din.uem.br/sbpo/sbpo2005/pdf/arq0289.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ROSANO PEÑA, Carlos. Um modelo de avaliação da eficiência da administração pública através do método análise envoltória de dados (DEA). *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 83-106, jan./mar. 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1415-6552008000100005>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rac/v12n1/a05v12n1.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

SARAIVA, António. *Microeconomia*. [S. l.: s. n.], 1988.

SIGEF resultados. *Secretaria de Agricultura Familiar e Cooperativismo*, Brasília, DF, dez. 2018. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/secretaria/serfal/transpar%C3%Aancia>. Acesso em: 10 jul. 2019.

TONE, Kaoru; TSUTSUI, Miki. Network DEA: a slacks-based measure approach. *European Journal of Operational Research*, [s. l.], v. 197, n. 1, p. 243-252, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ejor.2008.05.027>.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução: Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X

