

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 222

Brasília | abril – junho/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

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Marcos do Val

Senador Weverton

Senador Jaques Wagner

Senadora Leila Barros



Brasília | ano 56 | nº 222
abril/junho – 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>. FOTO DA CAPA: <Coordenação de Arquivo do Senado Federal>. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

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

Trimestral.

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

ISSN 0034-835x (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

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

© Todos os direitos reservados.

CONSELHO

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

PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini, Uninter, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Wuhan University, Wuhan, Hubei, China / Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello 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. Benedetto Cerezzo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Cândice Lisbôa 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 Sprigico 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. Edmilson 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 Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil /

Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Dalla Libera Damacena, Ambrósio e Dalla Libera Advogados Associados, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gabriel Saad Kik Buschinelli, IBMEC, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Geisa de Assis Rodrigues, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Geziela 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. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Hertha Urquiza Baracho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Iranice Gonçalves Muniz, Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dra. 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. Juliane 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. Lídia Patricia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Livia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentiis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade 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 Theodorou, 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 Aguiar, 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. Marisa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro

Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Michael César Silva, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dr. Mônica Duarte, Faculdade de Direito AVANTIS, Itapema, SC, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Universidade Santa Cecília, Santos, SP, Brasil / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda, Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto Botelho, Escola Paulista de Direito, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo 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 Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salette Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salette 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. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vanessa Spinosa, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. 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 Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

André Felipe Canuto Coelho é doutor em Ciência Política e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; graduado em Direito e Economia pela UFPE, Recife, PE, Brasil; professor de Direito Tributário, Financeiro e Econômico no mestrado e na graduação da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; auditor fiscal da Receita Federal do Brasil. / Bruna Estima Borba é doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil, com especialização em Economia pela UFPE, Recife, PE, Brasil; graduada em Engenharia Mecânica e em Direito pela UFPE, Recife, PE, Brasil; professora adjunta de Direito Tributário e Financeiro na UFPE e na Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil. / Bruno Amaral Machado é doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha; pós-doutor em Sociologia pela Universidade de

Brasília, DF, Brasil; professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, Brasil; docente do mestrado e doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, DF, Brasil; docente do doutorado em Ciências Penais da Universidade de San Carlos, Guatemala; promotor de justiça no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, Brasil. / Bruno Dantas é doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *visiting researcher fellow* na Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova Iorque, EUA, e no Max Planck Institute Luxembourg for Regulatory Procedural Law, Luxemburgo, Luxemburgo; professor do mestrado e doutorado em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, e da Uninove, São Paulo, SP, Brasil; ministro do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil. / Caroline Somesom Tauk é mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; *visiting scholar* na Columbia Law School, Nova Iorque, NY, EUA; juíza federal no Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Clóvis Smith Frota Júnior é mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; professor do curso de pós-graduação *lato sensu* da Universidade Federal do Amazonas, Manaus, AM, Brasil; procurador do estado do Amazonas. / Eduardo Jordão é doutor em Direito pela Universidade de Paris I, Paris, Île-de-France, França; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal. / Érica Bezerra Queiroz Ribeiro é mestre em Ciência da Informação e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil; auditora federal de Finanças e Controle na Controladoria-Geral da União, Brasília, DF, Brasil. / Fabiana Cristina Severi é doutora em Psicologia pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, SP, Brasil; professora associada ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; livre docente em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; coordenadora do Centro de Estudos em Direito e Desigualdades, Ribeirão Preto, SP, Brasil. / Gustavo Fossati é doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Alemanha; professor adjunto pesquisador da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado tributarista e parecerista. / Heloysa Simonetti Teixeira é mestre em Direito Ambiental pela Faculdade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil; doutoranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professora na graduação e na pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil; procuradora-geral do estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil. / Janáina Gomes Garcia de Moraes é mestre em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil; mestranda no Research Master in Law pela Universidade de Tilburg, Tilburg, Países Baixos; auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Espírito Santo, Vitória, ES. / Lauro Ishikawa é doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; professor da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; professor da graduação em Direito nas Faculdades Integradas Rio Branco, São Paulo, SP, Brasil. / Leandro Molhano Ribeiro é doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Leonardo Simões Agapito é mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, SP, Brasil; advogado, Jaú, SP, Brasil. / Matheus de Alencar e Miranda é mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; assessor jurídico direto de promotoria do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Natasha Schmitt Caccia Salinas é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Raphael Magno Vianna Gonçalves é doutor em Ciências Jurídicas pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris, França; pós-doutor do Programa Human Sea do Conselho Europeu de Pesquisa e da Université de Nantes, Nantes, França; mestre em Direito Marítimo e dos Transportes pela Université Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, França; docente no mestrado em Direito na Université de Nantes, Nantes, França. / Tharuell Lima Kahwage é mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; graduada em Direito pelo Centro Universitário do Pará, Belém, PA. / Valdecyr Maciel Gomes é graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Valéria Castanho é mestre em Comunicação Social pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Ciências da Comunicação pela Universidade do Minho, em Braga, Portugal, com cotutela na Universidade de Brasília; analista legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Waldir Alves é doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da Escola Superior do Ministério Público da União, Porto Alegre, RS, Brasil; procurador regional da República, Porto Alegre, RS, Brasil.

Sumário

Autores convidados

- 11 **A governança nas agências reguladoras**
Uma proposta para o caso de vacância
Bruno Dantas
Valdecyr Maciel Gomes
- 33 **Contrato de transporte aéreo internacional**
Raphael Magno Vianna Gonçalves

Artigos

- 51 **Para além de números**
Uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura
Tharuell Lima Kahwage
Fabiana Cristina Severi
- 75 **A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras**
Eduardo Jordão
Leandro Molhano Ribeiro
Natasha Schimitt Caccia Salinas
Patrícia Regina Pinheiro Sampaio
- 109 **Quando o grafite é coberto de cinza**
Solução de conflito à luz da teoria dos princípios de Humberto Ávila
Eduardo Rocha Dias
Heloyza Simonetti Teixeira
- 133 **A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro**
Lauro Ishikawa
Clóvis Smith Frota Júnior
- 155 **A Lei nº 13.654/2018 e os crimes de furto e roubo**
Críticas e proposições interpretativas
Matheus de Alencar e Miranda
Leonardo Simões Agapito

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

- 181 Gastos fiscais**
Regalia sob forma de despesa pública indireta?
Bruna Estima Borba
André Felipe Canuto Coelho
- 201 Produção legislativa no presidencialismo de coalizão**
Há espaço para mudanças?
Caroline Somesom Tauk
- 215 Transparência máxima**
As restrições ao direito de acesso a informações no Brasil, Chile e México
Érica Bezerra Queiroz Ribeiro
Bruno Amaral Machado
- 235 IOF sobre contratos de mútuo com quem não desenvolve atividade financeira ou análoga**
Gustavo Fossati
Waldir Alves
- 265 A transparência e os desafios dos sites públicos na sociedade da informação**
A experiência do Senado Federal
Valéria Castanho

Artigo em língua estrangeira

- 287 The death and resurrection of the twofold admissibility of exceptional appeals in the new CPC**
Janaína Gomes Garcia de Moraes

A governança nas agências reguladoras

Uma proposta para o caso de vacância

BRUNO DANTAS
VALDECYR MACIEL GOMES

Resumo: Tendo em vista que a vacância em cargos de direção das agências reguladoras tende a enfraquecer o modelo de Estado regulador estabelecido pela Constituição de 1988, este artigo tem o objetivo de propor uma fórmula que busque evitar que a falta de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras seja usada de forma deliberada para o enfraquecimento dos seus poderes regulatórios. Para tanto, adotando o método de revisão bibliográfica, aliado a estudo de caso, procede-se a uma análise das conclusões a que chegou o Tribunal de Contas da União nos Acórdãos 2.261/2011 e 240/2015 – que abordaram o tema da governança corporativa nas agências reguladoras que atuam na área de infraestrutura –, a fim de, com base em suas constatações, propor um modelo mais adequado de nomeação de dirigentes para os casos de vacância.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Agências reguladoras. Vacância.

Governance in Regulatory Agencies: a propose in case of vacancy

Abstract: Considering that a vacancy in the management positions of the Regulatory Agencies tends to weaken the regulatory state model established by the Federal Constitution of 1988, this research has the purpose of suggesting a formula aimed to avoid that the lack of appointment of these managers end up weakening the agencies' regulatory powers. To do so, the article adopts the bibliographic review method, along with a case study, diving into the findings reached by the Brazilian Federal Court of Accounts in the judgments 2.261/2011 and 240/2015 – which explored the theme of Corporate Governance for Regulatory Agencies in the field of infrastructure – as to recommend, based on those findings, a more adequate model of appointment of managers in the cases of vacancy.

Autores convidados

Keywords: Federal Court of Accounts. Regulatory agencies. Vacancy.

1 Introdução

Desde a ruptura com o liberalismo clássico, todos os ordenamentos jurídicos do Ocidente passaram a reconhecer quão fundamental é a justa intervenção do Estado nas atividades exploradas pelo setor privado, se o que se pretende é o desenvolvimento de uma economia que não pode continuar avançando à custa dos direitos fundamentais.

Foi a partir do final do século passado que o ordenamento brasileiro embarcou nessa direção. Com a criação das agências reguladoras, o Brasil deixou de exercer o papel de agente econômico (Estado-empresário) para tornar-se um agente regulador, dando concretude, a um só tempo, não apenas a um modelo econômico que seria mediado por uma “mão visível”, como também a um modelo de administração pautado pelo princípio da eficiência, que acabara de ser introduzido na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]).

Com efeito, para que as agências reguladoras possam exercer com eficiência e transparência o papel que a lei lhes outorga e a sociedade delas espera, é preciso que observem uma série de práticas de boa governança exigidas pelo ordenamento jurídico.

Por essa razão, em 2009, a pedido do Congresso Nacional, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou uma auditoria operacional para aferir o estado da governança das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, cujos resultados foram compilados no Acórdão 2.261/2011 (BRASIL, 2011), o qual apontou uma série de recomendações de boas práticas a serem adotadas. Posteriormente, em 2013, uma nova auditoria foi realizada (Acórdão 240/2015) (BRASIL, 2015), tendo por objetivo principal verificar duas questões fundamentais: i) se existiam condições favoráveis para que o processo decisório das agências fosse transparente e produzisse decisões técnicas e livres de ingerência e ii) em que medida o Referencial Básico de Governança do TCU (BRASIL, 2014) estava sendo seguido por elas.

Com o pressuposto de que a vacância em cargos de direção das agências reguladoras tende a enfraquecer o modelo de Estado regulador estabelecido pela CRFB, o objetivo do presente artigo é propor uma fórmula que busque – por meio de um sistema de estímulos – evitar que a falta de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras seja usada de forma deliberada para o enfraquecimento dos seus poderes regulatórios, fator que até mesmo pode conduzi-las à inoperância.

Assim, trilhar-se-á o seguinte caminho: antes de entrar nas questões relativas às práticas de boa governança e às condições para que as agências possam cumprir adequadamente os objetivos que lhes foram colimados, abordar-se-á – de forma horizontal, por não constituir o objeto central da pesquisa – a competência e legitimidade do TCU para adotar uma postura ativa de interferência na capacidade de regular das agências responsáveis pelas atividades concedidas, bem como para reverter decisões técnicas tomadas por elas, para, ao final, após realizar uma incursão analítica sobre as conclusões a que chegou o TCU nos Acórdãos 2.261/2011 e 240/2015, propor um modelo de nomeação para os dirigentes das agências reguladoras que se nos mostra adequado.

Como metodologia, adota-se o procedimento de revisão da bibliografia sobre as agências reguladoras, tanto obras físicas, quanto materiais autorizados disponibilizados na rede de internet, dando especial atenção, porém, a uma análise da jurisprudência do TCU, especialmente aos Acórdãos 2.261/2011 e 240/2015, que tratam com rigor do tema da governança regulatória das agências de infraestrutura.

Não se buscou fazer uma valoração qualitativa nem, tampouco, quanto à correção – ou incorreção – das decisões tomadas por aquele órgão de controle. Pretendeu-se, em vez disso, identificar as conclusões do Tribunal e, pela análise criteriosa das decisões, elaborar um documento que sistematize os aspectos regulatórios ali tratados.

2 As atribuições do TCU

Em artigo que trata do tema da discricionariedade administrativa, Krell (2004) considera que a ênfase dada pela doutrina nacional ao combate que os órgãos de controle têm em-

preendido contra os atos de desvios é justificada pelos “fenômenos do nepotismo, do clientelismo, da corrupção e da falta de uma clara separação entre o espaço público e o espaço privado”, por ele considerados ainda um dos maiores problemas da Administração Pública do Brasil. Completa alertando que esse tipo de discussão doutrinária acaba por excluir indevidamente, da apreciação judicial, uma série de situações em que tal controle deveria ser feito, como fica claro na seguinte passagem:

A invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o “mérito” da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível. A palavra mérito, oriunda da doutrina italiana, “tem recebido um tratamento fragmentário e pouco homogêneo” na doutrina brasileira e significa nada mais do que o resultado do exercício regular de discricionariedade. É lamentável que a expressão tem servido de “palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração” (KRELL, 2004).

Dada a posição de protagonismo que o TCU alcançou depois da promulgação da CRFB, não chega a surpreender o fato de que a sua atuação também se tenha tornado alvo de críticas e questionamentos acerca de sua forma de agir, acerca dos limites de sua competência. Nessa linha, a doutrina especializada em Direito da Regulação tem-se debruçado sobre a legalidade, por exemplo, de decisões tomadas pelo TCU – que tem natureza de órgão de fiscalização – julgando ser “possível a expedição de determinação [...] para a correção de ato normativo elaborado por agência reguladora quando verificada ineficácia nas ações de regulação ou omissão no tratamento concedido à matéria sob sua tutela” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018); ou quando o Tribunal decide aplicar “multa a diretores da Agência

Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), por considerar que estes não regularam de forma adequada uma tarifa cobrada por terminais portuários” (PUPO, 2018).

De acordo com o entendimento de parte da doutrina, o TCU estaria limitado a fiscalizar as questões financeiras dos órgãos e entidades do poder público, cabendo-lhe, quando muito, a possibilidade de suspender a prática de determinados atos eivados de ilegalidade. Numa linha complementar da argumentação adotada por esses doutrinadores, o TCU, como órgão de controle, não poderia substituir a agência em suas atividades finalísticas, sob pena de ferir, de uma só vez, dois elementos norteadores do direito regulatório: 1) a autonomia da agência para editar as normas pertinentes à atividade regulada e 2) a própria necessidade de haver uma instância de controle.

Um último e relevante argumento que também se levanta contra a possibilidade de o TCU interferir nas decisões operacionais tomadas pelas agências é o princípio da separação dos Poderes, na medida em que a lei de criação da agência funciona como uma transferência – pelo Poder Legislativo para o Poder Executivo – da competência para legislar sobre determinada matéria. E, uma vez que tal transferência seja feita, não caberia ao TCU – como integrante do Poder Legislativo – avocar para si a competência de regular a mesma matéria, sem ferir o princípio da separação dos Poderes.¹

Por outro lado, os que defendem a competência do TCU para a prática de atos de interferência na atividade-fim das agências mobilizam o pensamento de Moreira Neto (2005), no sentido de que o “novo Direito, orientado por valores, necessita de novos institutos para a sua realização”, tornando-se indispensável que o Estado – além dos “critérios da eficiência, da economicidade, da responsividade e da participação” – assumira uma posição de subsidiariedade, mas sem abrir mão do necessário controle, feito por órgãos autônomos, como o TCU. Nesse sentido, arremata o autor:

A subsidiariedade [...] vem a ser uma nova maneira de realizar-se o princípio da separação de poderes do Estado, definindo, assim, um passo adiante na caminhada que se iniciou com a divisão tripartite de Montesquieu e prosseguiu com a introdução do federalismo e do conceito de órgãos constitucionalmente autônomos, como o são, entre nós, os que desempenham funções essenciais à justiça, os tribunais de contas (MOREIRA NETO, 2005, p. 105).

Para os doutrinadores que reconhecem a capacidade estendida do TCU para cuidar das diversas matérias ligadas ao controle e à fiscalização

¹ Acerca da aplicabilidade da delegação legislativa, ver Guerra (2017, p. 158).

das agências reguladoras, e não apenas das financeiras e orçamentárias, a CRFB – diferentemente da Constituição outorgada durante o regime de exceção – ampliou a abrangência da fiscalização prevista no art. 70 e deixou para trás a limitação para atuar exclusivamente em matérias financeiras, assunto vencido e tão ultrapassado quanto a Constituição de 1969, que estabelecia:

Art. 70. A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional [...].

§ 1º O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá [...] o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária [...].

[...]

§ 3º A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas da União, a que caberá realizar as inspeções necessárias (sic) (BRASIL, [1985]).

O texto, restritivo, foi ampliado pela CRFB e passou a ser lido como se segue:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (BRASIL, [2017a]).

Com essa dicção do atual texto constitucional, as competências do TCU precisaram ser ampliadas para fazer frente a essas atribuições. E, em consonância com a disposição do art. 70, dispôs expressamente o art. 71 da CRFB que compete ao TCU, entre outras práticas, “IV – realizar, por iniciativa própria, [...] inspeções e auditorias de natureza *contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II” (BRASIL, [2017a], grifo nosso).

A mera comparação entre os dois textos constitucionais evidencia que, depois de 1988, a competência do TCU não está mais circunscrita às questões meramente financeiras e orçamentárias, não sendo razoável que haja dúvidas sobre a ampliação efetiva dos poderes que tinha o TCU, antes da CRFB. A questão prática que surge, pois, é definir até onde o Tribunal pode ir no exercício desses novos poderes. E, aqui, é preciso ter em conta que o decurso do tempo tem relevância para fins de interpre-

tação da norma, como destaca Aragão (apud MOREIRA NETO, 2006, p. 105):

A interpretação é um fenômeno histórico. Lei e Direito, ambos se apresentam à leitura que se lhes dê o intérprete no contexto de seu tempo, de modo que apenas captando-o adequadamente torna-se possível aplicá-los, uma e outro, para a realização da justiça, tomada no elevado sentido que as brilhantes mentes jurídicas contemporâneas a têm entendido, como um “ambicioso, alto, porém necessário nível de todo o Estado de Direito, que é a de instrumentar-se como um Estado de justiça”.

Sobre o tema, no mesmo sentido, é oportuno transcrever a lição de Dallari (2003):

No passado era simplesmente impensável promover a responsabilidade do agente público pela insuficiência, inoperância ou má qualidade do serviço ou da obra. Atualmente, dada a relevância adquirida pelo controle dos resultados, metas e objetivos, passou a ser arriscado conferir atribuições de direção superior a apaniguados políticos, geralmente facciosos, despreparados ou mesmo corruptos.

Cabe lembrar que os artigos 70 e 71 da Constituição Federal prescrevem o controle não só da legalidade, mas, sim, também, da economicidade da ação administrativa. Atos e contratos, ainda que lícitos, mas danosos ao erário ou ao patrimônio público (em sentido amplo) podem ser sancionados pelos Tribunais de Contas, inclusive por provocação do Ministério Público junto a esses Tribunais.

Por um lado, para os defensores do poder intervencionista do TCU, a competência para tratar das questões operacionais implica a tomada de medidas que corrijam e reequilibrem as que tenham defeitos dessa natureza e que sejam emanadas pela agência reguladora em sua competência originária. Por outro, para aqueles

que entendem de modo diverso, no sentido de que o TCU tem capacidade apenas de segunda ordem, não podendo ditar normas de caráter exclusivamente operacional, as decisões do Tribunal teriam que ter efeitos apenas sobre as agências, não podendo ultrapassar esse limite para interferir nas operações das empresas que praticam as atividades reguladas.

A matéria é polêmica; porém, na prática, a tese da competência ampliada tem prevalecido, como exemplifica o seguinte julgado:

a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. [...] É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao [TCU], adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República (BRASIL, 2003, p. 511-513).

Assim, partindo do pressuposto de que a “teoria dos poderes implícitos, permite, ao [TCU], adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e

ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República” (BRASIL, 2003, p. 513) é que se passa a analisar as inspeções realizadas por esse órgão para avaliar as práticas de governança corporativa nas agências reguladoras que atuam no segmento de infraestrutura.

3 Componentes essenciais da governança

Já faz tempo que a boa governança deixou de ser vista pelo lado negativo, como ônus assumido pelas empresas com a finalidade exclusiva de evitar custos ainda maiores advindos de eventuais multas, perdas causadas à imagem corporativa ou danos sofridos em sua reputação empresarial, por descumprimento de normas e regras aplicáveis à atividade-fim. Atualmente, a boa governança pode ser apreciada pelo seu lado positivo, de excelência no cumprimento das missões institucionais, no zelo por observar as normas – internas e externas à entidade – que dão o contorno regulatório da sua atividade.

A partir do momento em que a boa governança transmite segurança de que as operações daquele empreendimento são realizadas sobre sólidas bases éticas, em cumprimento às normas vigentes e que, por isso mesmo, são confiáveis, há um correspondente incremento na imagem corporativa e a governança deixa de ser custo e passa a ser investimento com retorno positivo, para a empresa, *stakeholders* e sociedade.

Mas o que seria a governança? Governança é o processo de tomada e implementação (ou não implementação) de decisão, seja numa entidade privada, seja num órgão público, devendo, em qualquer caso, a análise desse processo centrar sua atenção nos atores envolvidos e nas estruturas disponíveis para a tomada dessas decisões e sua implementação. A boa governança, no

entanto, é um ideal difícil de ser alcançado totalmente, mas que deve ser perseguido de forma a torná-la uma realidade possível.²

Para que se verifique se existe boa governança, é preciso que haja clareza quanto ao papel institucional da atividade desempenhada, sendo necessário, também, um processo institucionalizado de tomada de decisão. No caso das agências reguladoras, o papel institucional é dado pela lei (em alguns casos, pela própria CRFB), ao passo que o processo de tomada de decisão, se há ou não, é o que a fiscalização empreendida pelo TCU se propôs a verificar nos casos objeto dessa pesquisa.

A rigor, nesses casos, as auditorias do TCU pretenderam analisar o grau de maturidade e os fundamentos que suportam o processo decisório das agências, porém, diante da limitação de recursos para promover uma auditoria ampla, a nova fiscalização, feita em 2013³, centrou seus esforços em dois componentes essenciais: a transparência quanto ao processo decisório e a indicação, nomeação e substituição dos dirigentes. Nem por isso, contudo, pode-se dizer que o trabalho tenha sido perfunctório, de simples rotina, pois, no desempenho dessa tarefa, além de outros aspectos, a auditoria do Tribunal cuidou de analisar os mecanismos mais relevantes da governança do setor público.

4 Os resultados dos trabalhos de fiscalização do TCU nas agências

No curso da fiscalização que resultou no Acórdão 240/2015-Plenário (Processo

²Tradução livre e adaptada do texto produzido por United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNITED NATIONS, [2009]).

³Autorizada, em razão de deliberação constante do Acórdão 224/2013-TCU-Plenário (TC 044.446/2012-8) e objeto do Acórdão 240/2015-Plenário (Processo 031.996/2013-2) (BRASIL, 2013, 2015).

031.996/2013-2), o TCU examinou questões relativas (i) à estratégia organizacional; (ii) à autonomia decisória; (iii) à estabilidade da diretoria; (iv) aos conflitos de interesse; (v) à transparência; (vi) à política de gestão de riscos; (vii) à análise do impacto regulatório (AIR) e (viii) à autonomia financeira das agências. Como todas essas matérias são de grande relevância para que haja uma boa governança, convém sejam aqui apresentadas – ainda que de forma resumida – as conclusões a que chegou o TCU sobre cada uma delas.

4.1 Estratégia organizacional

Para que uma agência cumpra o mandato fixado pela norma que a criou, é preciso que esteja definida a sua estratégia operacional, que consiste na definição de sua missão, dos seus objetivos, das metas para cada uma de suas principais atribuições e competências.

Além disso, é preciso que esteja claramente definida a vinculação entre os objetivos estratégicos traçados para a agência e o plano de ação para a sua implementação, que consiste, por sua vez, na seleção das ações para alcançar os seus objetivos institucionais. Ele tem que ser elaborado com base nos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis ou que possam tornar-se disponíveis em prazo compatível com o desenvolvimento das ações planejadas.

Também como forma de medir o atingimento dos objetivos estratégicos traçados, não pode ser olvidada a necessidade de haver indicadores para os resultados alcançados e para acompanhar e controlar o desempenho da agência. Neste aspecto, o parecer do TCU que instruiu o Acórdão 2.261/2011-TCU-Plenário (TC 012.693/2009-9) concluiu que as agências se encontravam em processo embrionário em termos de planejamento estratégico:

Em suma, não existem mecanismos sistematizados hábeis a mensurar a atuação finalística das agências de maneira mais completa. Existem métodos de aferição implantados e em implantação em algumas áreas específicas dessas autarquias, mas que não permitem uma avaliação, em termos gerais, se estão cumprindo a contento suas missões institucionais ou mesmo seu planejamento estratégico (BRASIL, 2011, p. 23).

4.2 Autonomia decisória

A autonomia para a tomada das decisões está ligada diretamente aos recursos humanos da agência e não por outra razão a Lei nº 9.986/2000 estabeleceu que os seus dirigentes sejam nomeados pelo presidente da República, com mandatos por prazo fixo, não coincidentes e que tenham a posse sujeita à aprovação do Senado Federal.

Assim dispõe a Lei:

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, [...] devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal (BRASIL, [2007]).⁴

A matéria é das mais relevantes e relaciona-se com a autonomia decisória das agências regulatórias, na medida em que elas devem ser dirigidas por pessoas que têm a legitimidade – que vem da sabatina do Senado – e que não podem ser demitidas a qualquer tempo pelo Poder Executivo. Descumprir esse requisito de governança afronta, de modo irremediável, a lei

⁴“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: [...] f) titulares de outros cargos que a lei determinar” (BRASIL, [2017a]).

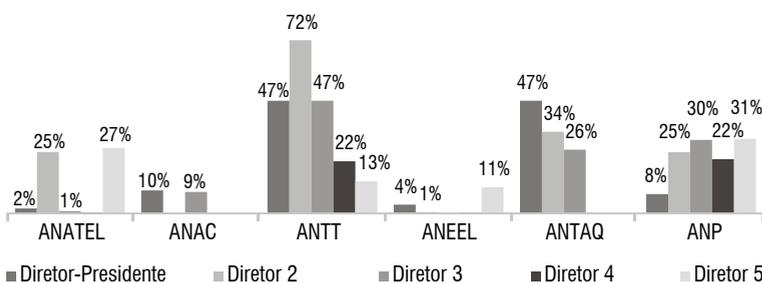
que criou as agências e tem o efeito perverso de minar a credibilidade da regulação derivada dessas entidades, com todos os efeitos colaterais daí advindos, além de nulificar o objetivo de ter agências com competência e autonomia decisória para agir.

Assim, não se pode falar em autonomia diante da situação que se verifica quando dirigentes deixam seus postos nas agências reguladoras e são substituídos por interinos, ainda mais quando estes são nomeados pelo chefe do Poder Executivo, sem passar pela aprovação do Senado Federal. Faz sentido, pois, que o órgão de controle esteja atento à demora no processo de nomeação dos dirigentes das agências reguladoras. A respeito vale conferir a seguinte pesquisa realizada sob a coordenação de Salama e Barrionuevo ([2017], p. 7, grifo nosso):

Há demora, mas ela não está no processo formal de nomeação. O processo formal de nomeação se inicia com a indicação pelo chefe do Poder Executivo. Na esfera federal, a indicação se aperfeiçoa com o envio da Mensagem Presidencial ao Senado Federal (MSF). O período médio entre o envio da MSF e a posse é de 77 dias. Em média, a fase de aprovação do Senado leva 36 dias, 23 dias para a nomeação e 10 dias para posse (a média geral não é a soma das médias). *A demora está no período entre a saída do dirigente do cargo e a nova indicação. Entre a saída do dirigente e o envio da MSF costuma haver um interregno de 188 dias, em média.*

Os dados estatísticos consolidados, contudo, não bastam para transmitir a noção exata do risco que a demora representa para a autonomia das agências. É preciso analisar cada caso e foi assim que agiu o TCU, chegando a um resultado que pode ser mais bem visualizado na figura que constou do relatório de auditoria TC 031.996/2013-2, com informações sobre os percentuais de vacância nos conselhos e diretorias das agências, no período de 1º/1/2010 a 31/12/2013:

Percentuais de vacância dos cargos de direção das agências reguladoras, entre 1º/1/2010 e 31/12/2013



Fonte: Brasil (2015, p. 8).

4.3 A estabilidade da diretoria

A fim de que a diretoria da agência reguladora seja independente para adotar as decisões mais alinhadas com os interesses da sociedade, a boa governança exige que seja estável, com o estabelecimento de mandatos com prazos fixos e o impedimento de demissão desses profissionais sem motivos justificáveis (*ad nutum*), sendo necessária decisão judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar para justificar a remoção de um dirigente apontado pelo chefe do Poder Executivo e aprovado pelo Senado Federal. Ao afirmar que “o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes”, Sundfeld (2000, p. 24) demonstra que a doutrina reconhece a importância desse elemento para o cumprimento da missão da agência.

Ressalte-se, todavia, que alcançar o objetivo de conferir autonomia às agências reguladoras não é algo simples, apresentando desafios que advêm até mesmo do salutar processo de alternância de poder, comum em sociedades modernas, onde o modelo de Estado comporta a presença de agências reguladoras.

Sundfeld (2000, p. 25) ilustra bem essa situação:

Em uma época certa agência age com toda a autonomia, dali a pouco o Executivo recobra seu poder de influir, e assim segue a luta. Nada disso importa negativa do valor e necessidade de regulação – que, de resto, pode ser feita pelo próprio Executivo, se assim entender a lei –, tampouco fracasso ou sucesso dos entes independentes; trata-se, apenas, de nossa já conhecida, a eterna luta pelo poder.

Ciente de que o processo é volátil, com marchas e recuos, Guerra (2015, p. 67), em estudo que aborda alguns pontos que ainda precisam ser aprimorados na regulação brasileira, chama atenção para a importância que a fixação do mandato tem para a preservação da independência das agências norte-americanas:

A independência de algumas agências foi detectada como sendo uma questão complexa, que, principalmente, se materializa no mandato fixo (*tenure*), e no balanceamento nas indicações dos membros entre os dois maiores partidos políticos (Republicano e Democrata). Isso se deve à necessidade de evitar as pressões políticas, notadamente do Chefe do Poder Executivo que, na maioria das vezes, pertence a um desses dois partidos. Os dirigentes das agências reguladoras são indicados (*appointments*) pelo Presidente da República e confirmados ou não pelo Senado Federal, conforme Artigo 11 da Constituição americana.

Diante da importância que esse requisito de governança tem para a autonomia das agências, o TCU recomendou excluir do texto da Lei

nº 10.233/2001 (que dispôs sobre transportes terrestres e aquaviários e criou a ANTT e a Antaq) a expressão “descumprimento manifesto de suas atribuições” (BRASIL, [2019]), que fora incluída naquela norma como uma das possibilidades de perda de mandato pelo diretor daquelas agências. Isso porque se trata de expressão muito ampla, que permite arbitrariedade, e, por isso mesmo, atenta contra as boas práticas de governança. A sugestão de alteração normativa foi decidida pelo Plenário do TCU, por meio do Acórdão 240/2015, nos seguintes termos:

e) recomendar à Casa Civil da Presidência da República, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que, no âmbito de suas competências, envide esforços para: [...]

v) a alteração do art. 56 da Lei 10.233/2001 a fim de excluir a expressão “descumprimento manifesto de suas atribuições”, visto ser conceito jurídico indeterminado que pode levar ao estabelecimento de hipóteses desarrazoadas e imotivadas para a exoneração de Diretores e Conselheiros das agências reguladoras, com efeitos danosos à autonomia decisória dessas entidades, e por conseguinte à governança regulatória (BRASIL, 2015, p. 31).

Ainda que a demissão esteja restrita aos casos previstos expressamente em norma clara e sem lacuna, não há impedimentos para a renúncia do dirigente da agência, que pode ser motivada ou não. Com isso, é preciso definir as formas de substituição dos diretores, nos casos de vacância, para evitar que a agência perca sua capacidade de decidir, em virtude da limitação de quórum.

Com base nesse relevante motivo, a presidente Dilma Rousseff editou Decreto, publicado em 21 de março de 2012, autorizando que “durante o período de vacância de cargo

de diretor, que impeça a existência de quórum para as deliberações da diretoria, o ministro de Estado dos Transportes poderá designar servidor do quadro de pessoal efetivo da ANTT como interino até a posse do novo membro da diretoria” (BRASIL, 2012).

Como, no entanto, a nomeação do membro titular da diretoria depende de iniciativa do chefe do Poder Executivo, chama atenção o fato de não ter havido forte reação do Poder Legislativo contra esse movimento que, ao mesmo tempo em que se justifica como uma medida necessária para dar eficácia à agência reguladora, também poderia ser interpretado como um avanço do Poder Executivo sobre as fronteiras que separam as competências de cada um dos Poderes da República.

A nomeação de substitutos temporários pode ser justificável como medida extraordinária e temporária, visando exclusivamente garantir o quórum necessário à adoção de medidas urgentes, que não possam aguardar a demora natural que a indicação do membro titular pode ter, até que os procedimentos formais de sua aprovação pelo Senado sejam adotados. No entanto, tomando-se como base a opinião exarada pelo TCU no parecer que respalda o Acórdão 240/2015-Plenário (Processo 031.996/2013-2), a situação, na prática, é diversa, pois o Poder Executivo nomeia interinos que ocupam os cargos por tempo indeterminado. Em alguns casos, os interinos se revezam, uns substituindo outros, em sistema de rodízio. Em voto apartado, o ministro Bruno Dantas chama atenção para o problema:

A unidade técnica destaca que, nas três agências fiscalizadas que possuem regulamentos de substituição de diretores (Anatel, ANTT e Antaq), a prática demonstra que os interinos se perpetuam nos cargos, situação ocasionada pela demora na indicação e nomeação de titulares. As outras três agências avaliadas

(ANP, Aneel e Anac) permanecem sem regras de substituição de Diretores definidas em seus regulamentos, nos casos de vacância desses cargos (BRASIL, 2015, p. 38).

Para o TCU, ao deixar de fazer as indicações dos titulares dos cargos nas agências reguladoras, na forma exigida pela lei, o Poder Executivo alija o Senado da participação mandatória que deveria ter no processo de indicação desses diretores, o que representa uma burla ao sistema de indicação e fragiliza a autonomia decisória das agências. A posição do TCU fica clara na seguinte passagem do relatório que instrui o Acórdão 240/2015:

Apesar de os Diretores/Conselheiros interinos, nas ausências dos titulares, amenizarem a paralisia decisória dos colegiados das agências, a ocupação perene desses cargos por interinos, que são indicados exclusivamente pelo Executivo, fere ao mesmo tempo a autonomia decisória dessas entidades, pois podem ser afastados do cargo a qualquer momento, e a legitimidade dos indicados, outorgada somente àqueles que são avaliados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, e configura burla ao processo legal de indicação e nomeação, pois impede o Senado Federal de exercer suas competências (BRASIL, 2015, p. 29).

4.4 Conflito de interesse

Um dos aspectos mais importantes da governança é o conflito de interesse, que ocorre, por exemplo, quando o dirigente ou conselheiro deixa a agência para trabalhar no setor privado, em empresas reguladas.

Nesse aspecto, a solução geralmente adotada para lidar com o conflito é a que retira temporariamente do mercado de trabalho (quarentena) o dirigente que deixa a agência reguladora e leva informação privilegiada ou relevante dos setores regulados e que poderia, sem a quarentena, ser aproveitada pelo setor privado. O prazo aqui tem relevância para definir o pagamento de re-

muneração do dirigente, durante o período da quarentena, sendo essa questão também objeto de polêmica, na medida em que o Poder Legislativo entende que a remuneração não é obrigatória, ao passo que o Poder Executivo pensa de modo distinto, certamente motivado pela necessidade de atrair, para as agências reguladoras, pessoas qualificadas e que, portanto, demandam maiores remunerações.

Assim, visando apurar o prazo a ser recomendado para a situação das agências reguladoras brasileiras, o TCU constatou que há arcabouço jurídico vigente tratando da matéria, mas que também há divergência entre os prazos que podem ser aplicados, o que gera dúvidas em relação à aplicação da regra. A Medida Provisória nº 2.225, de 4/9/2001 (BRASIL, [2005]), fixa em quatro meses; a Lei nº 9.986, de 18/7/2000 (BRASIL, [2007]), que é a lei de recursos humanos das agências, também fixa o prazo em quatro meses, mas a Lei nº 9.427, de 26/12/1996 (BRASIL, [2018b]), de criação da Aneel e a Lei nº 9.478, 6/8/1997 (BRASIL, [2018c]), de criação da ANP, fixam em um ano. Por sua vez, a Lei nº 12.813, de 16/5/2013 (BRASIL, [2017b]), que trata da questão do conflito de interesses, prevê que tal prazo seja de seis meses. E há leis que criaram agências e não fixaram o prazo para a quarentena.

Caberia aplicar aos dirigentes as leis que criaram a Aneel e a ANP? Ou o prazo para eles poderia ser o da norma que trata especificamente do conflito de interesses? A interpretação sistemática permite concluir que o prazo que deve ser aplicado é o de seis meses, previsto na Lei nº 12.813, de 16/5/2013, por ser esta a norma mais recente que trata da matéria e que teria, nesse particular, revogado tacitamente as demais disposições, por serem com ela conflitantes. Mas a questão não está pacificada.

O parecer do TCU lida de forma sensível com a questão, ponderando, por um lado, que a quarentena não remunerada implica ônus im-

posto ao indivíduo e, de outro, que é preciso minimizar o risco de o agente usar a informação privilegiada que possui. Na busca do equilíbrio, o TCU concorda – em relação ao prazo da quarentena – com a recomendação feita pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de que os prazos para aquelas áreas que têm maior risco devem ser maiores que os de outras áreas, com riscos menores. Para a OCDE o prazo ideal para a quarentena varia entre um e dois anos. No que tange à remuneração, no entanto, o TCU entende que o pagamento deve ser feito por um prazo de seis meses e deve ir além dos diretores, sendo aplicável a todos os funcionários da Agência que tenham acesso a informações sensíveis e que possam ser usadas pelas empresas reguladas.

4.5 A transparência

Guerra (2012, p. 26) aponta que “a sociedade atual necessita de uma governança pública orientada especialmente para a transparência dos resultados alcançados com a ação governamental”, refletindo, nessas palavras, a posição doutrinária pacífica de que a transparência também é um requisito essencial para a boa governança, podendo ser considerada um dos pilares centrais que sustentam a confiança da sociedade na atuação da agência reguladora, por ser ferramenta útil na elaboração de regulamentos mais seguros e menos influenciados pelos interesses particulares.

A transparência gera informação com maior qualidade e permite uma maior concorrência nos mercados regulados, além de facilitar a participação da sociedade na vida regulatória, contribuindo para a maior legitimidade dos atos praticados pelas agências (GUERRA, 2012, p. 26). A transparência tem, ainda, um elemento educativo, que funciona como indutor do comportamento que a autoridade espera que tenha o regulado. A propósito, Zymler (2000, p. 39) cita Luhmann, o sociólogo alemão para quem “legítimas são as decisões nas quais pode-se supor que qualquer terceiro espere normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às expectativas normativas transmitidas por aqueles que decidem”. Segundo o filósofo, a legitimidade pode ser incrementada pela implantação de processos que a garantam, como pode ser visto na seguinte passagem:

O subsistema jurídico evoluiu no sentido de implantar um mecanismo filtrante, cuja função é [...] evitar a formação de expectativas cognitivas contrárias às decisões jurídicas. Esse mecanismo é a implantação de processos regulamentados juridicamente antecedentes às decisões jurídicas. Como afirma Luhmann, “os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes, antes do desencadeamento da força física, no sentido de isolar e despolitizar o relutante, enquanto indivíduo” (ZYMLER, 2000, p. 39-40).

No relatório de fiscalização que serve de base para o Acórdão 240/2015, o TCU qualifica como transparente a entidade que não “oculta nada”. Há que se lançar luz sobre as decisões tomadas pelas agências reguladoras, como quer o TCU, e também sobre os procedimentos de fiscalização, sobre os processos, sobre as penalidades, sobre as medidas educativas, sobre as audiências públicas e sobre o processo de elaboração de norma, mas é preciso também ponderar que a transparência não precisa ser a prestação de toda e qualquer informação, como as relativas a questões estratégicas, sensíveis ou políticas. Isso porque essa maximização da informação pode ser contraproducente para a agência reguladora, sem um benefício correspondente para a sociedade. Dessa forma, a leitura que se deve fazer da expressão adotada pelo TCU (“não ocultar nada”) é a de que será transparente a entidade que prestar todas as informações que sejam necessárias para permitir o controle de suas ações pela sociedade.

4.6 Política de gestão de riscos

Estando diante de um risco, é preciso que a agência reguladora o avalie, de modo a ter base para decidir como deve com ele lidar: se vai evitá-lo, aceitá-lo, reduzi-lo ou compartilhá-lo. É preciso que fórmulas sejam estabelecidas para determinar padrões de decisão diante de tipos específicos de risco (e.g.: risco com alto potencial de materialização e risco com potencial de causar danos desastrosos precisam ser segurados).

Nessa linha vale citar que, a despeito de ter sido criado pelo TCU um modelo de gestão de risco, envolvendo as suas diversas etapas, a auditoria constatou, como fica evidenciado no relatório do Acórdão 240/2015, que houve retrocesso em relação à fiscalização anterior (objeto do Acórdão 2.261/2011) e que a gestão de riscos das agências reguladoras era “ainda mais

baixa do que a que foi declarada anteriormente. Verificou-se que nenhuma agência dispõe de política formalizada de gestão de riscos” (BRASIL, 2015, p. 27).

Para as agências reguladoras, a forma de lidar com o risco demonstra o grau de maturidade e a sua capacidade de decidir, já que essa gestão é parte intrínseca ao processo de tomada de decisão. Naturalmente, sem uma política de risco, a maturidade da agência é baixa e sua capacidade de decidir, limitada.

4.7 Análise do impacto regulatório

A análise do impacto regulatório (AIR) é ferramenta que permite aprimorar a regulação, fazendo com que seja eficiente, ou tão eficiente quanto possível, no sentido de alcançar o objetivo regulatório ao menor custo para a sociedade, também garantindo que a norma somente seja editada se o custo para a sociedade for menor que o benefício a ela proporcionado.

As técnicas mais avançadas de implementação da AIR como mecanismo de controle da qualidade da regulação propõem que haja um comprometimento político com ela; que responsabilidades sejam alocadas; que os reguladores sejam treinados; que o método seja consistente, mas flexível; que haja estratégia de coleta de dados, entre outras, mas é também importante que a AIR sirva para desenvolver políticas baseadas em evidências, demonstrando a razão da norma, a opção de não regular, os custos e os benefícios das medidas para os diversos interessados e os riscos associados ao não atingimento dos objetivos. E a sociedade tem que conhecer esses dados.

O TCU concluiu, por ocasião do Acórdão 2.261/2011, que essa ferramenta não era usada adequadamente pelas agências, impedindo que a sociedade fosse beneficiada pelo que a AIR pode proporcionar de melhor: poupar dinheiro

público. Na medida em que se saiba o impacto que a norma provoca, há a possibilidade de direcionar o uso dos recursos escassos para produzir normas que tenham maior eficácia, que alcancem um número maior de beneficiários, que gerem um maior retorno para a sociedade.

Nesse particular, contudo, o Acórdão 240/2015 permite concluir que a ferramenta ganhou relevância e passou a ser adotada pelas Agências, como fica patente na seguinte passagem do relatório que o instrui:

Verifica-se que ocorreram treinamentos e tentativas iniciais de uso da Análise de Impacto Regulatório, resultando na adoção de boas práticas, como a de instituir a obrigatoriedade de uso da ferramenta e a de elaborar manuais internos de orientação. Contudo, é preciso avançar e acelerar a disseminação dessa ferramenta, visto que nossas agências estão muito atrasadas em relação aos seus pares internacionais e a sociedade não têm se beneficiado do aumento da transparência e da qualidade das decisões regulatórias resultantes do uso da AIR (BRASIL, 2015, p. 23).

4.8 A autonomia financeira das agências

Para que possam evitar cortes orçamentários derivados de opções políticas, as agências devem ter autonomia financeira, com orçamentos elaborados em bases plurianuais. Contudo, a realidade que nelas se verifica é bastante distinta: não têm autonomia, os contingenciamentos são comuns, não há estabilidade quanto à entrada de recursos para o cumprimento de suas obrigações, e seus orçamentos não são separados dos orçamentos de outras entidades governamentais.

Para que as agências reguladoras fiquem protegidas contra os descontroles de gastos em outras áreas do setor público, o TCU recomendou a tomada de providências para dar autonomia financeira às agências deficitárias; porém, ao mesmo tempo, sugeriu providências para evitar o superávit daquelas que o têm, com o objetivo de que os regulados não sejam onerados excessivamente por estas últimas.

5 Parecer do TCU sobre a governança das agências

As conclusões a que chegou o TCU por meio da fiscalização que resultou no Acórdão 240/2015, em seu trabalho de fiscalização das agências reguladoras de infraestrutura do Brasil, foram no sentido de que as agências não têm tratamento orçamentário distinto do recebido pelos demais órgãos da administração, têm forte contingenciamento dos recursos, têm problema com a quarentena dos dirigentes, além da demora na indicação destes, no caso de impedimento ou vacância. Além disso,

têm falhas nos mecanismos para a divulgação das suas ações, têm baixa participação da sociedade, não têm gerenciamento dos riscos, nem análise do impacto regulatório. Essa conclusão foi sintetizada nesta passagem do relatório que instruiu o Acórdão 240/2015:

Destaca-se a necessidade de serem criados padrões mínimos de governança para as agências reguladoras, traduzido em um conjunto de práticas e regras que possam assegurar autonomia, transparência e tecnicidade do processo decisório, institucionalização de estratégias organizacionais e de gestão de riscos, participação dos atores envolvidos nas decisões regulatórias, accountability, dentre outros fatores (BRASIL, 2015, p. 30, grifo nosso).

Em suma, as agências reguladoras não atingem hoje as condições para que o processo decisório seja transparente e não sofra ingerência, tampouco fazem uso de estratégia organizacional para orientar a gestão e alavancar as políticas públicas.

No entanto, antes que se conclua que não há qualquer qualidade nas agências, é preciso ter em conta a posição expressa por Sundfeld (2014, p. 120, grifo do autor) acerca da qualidade superior que tem o Banco Central do Brasil na função de órgão regulador: “[n]o Brasil, o sistema financeiro foi o primeiro a ganhar um órgão regulador bem-organizado. O Banco Central – a *agência reguladora* de maior tradição no Brasil – exerce um poder regulador exemplar, de modo a influenciar as práticas das demais agências existentes”.

6 Conclusão: uma proposta para o caso de vacância

Em relação à nomeação dos dirigentes, o TCU recomendou – às agências que não apre-

sentam em seus regimentos internos uma previsão para nomeação de dirigentes em caso de vacância – que estabeleçam um prazo máximo para que a vaga seja ocupada por membro interino, exigindo que a recondução no cargo, após a expiração do prazo originalmente fixado, seja devidamente justificada pelo Poder Executivo.

Do ponto de vista prático, a sugestão do TCU precisa superar um grande desafio, haja vista que a nomeação de dirigente interino já denota que o Poder Executivo apresenta alguma resistência para fazer a nomeação do dirigente titular, não havendo razão para concluir que o chefe do Poder Executivo, se já não atende àquele mandamento legal, terá mais empenho para atender a essa exigência, de mesma natureza, imposta pela agência.

Existe ainda uma outra dificuldade a ser levantada acerca da sugestão feita pelo TCU: uma vez que esteja vencido o mandato do dirigente interino, sem que um dirigente titular tenha sido nomeado, a agência volta à situação de vacância e, então, sem ao menos ter a possibilidade de uma nova nomeação de diretor interino para dar curso às suas obrigações institucionais. Acatar a sugestão pode ter o efeito que Baldwin, Cave e Lodge (2012, p. 59-73) chamam de perverso, contrário ao objetivo pretendido pelo TCU na recomendação proposta.

Nesse ponto, uma sugestão mais razoável seria estabelecer em lei um prazo para que a indicação do dirigente seja feita pelo Poder Executivo, e, superado esse prazo sem que a indicação fosse feita, ela passaria, então, a ser de competência do chefe do Poder Legislativo, que também a submeteria à aprovação do Senado.

Tratar-se-ia aqui de se conferir uma sistemática semelhante à que a Comissão de Juristas incumbida de elaborar propostas de aperfeiçoamento da gestão governamental e do sistema de controle da administração pública recentemente introduziu ao PL nº 6.621/2016

(BRASIL, 2016)⁵. Segundo ela, se durante o processo de recrutamento de dirigentes de autarquias especiais a Comissão Técnica responsável pela pré-seleção dos dirigentes não formular a lista tríplice no prazo de 120 dias, essa prerrogativa será transferida para o presidente da República, que poderá fazê-lo em até 60 dias (art. 44, § 6º)⁶.

Na sugestão que este artigo faz, o decurso do prazo, sem que a indicação fosse feita, serviria como comprovação da renúncia ao exercício de um direito/dever pelo chefe do Poder Executivo. Seria ainda uma forma de punir a inação do Poder Executivo em oferecer meios para que a agência reguladora, sempre criada por lei, possa cumprir os seus objetivos institucionais. Além disso, serviria também como forma de inibir o Poder Executivo de adiar indefinidamente a prerrogativa de realizar a indicação, o que poderia levar a agência, em termos práticos, à impossibilidade de operar, por falta de quórum para deliberações.

Por fim, nessa mesma linha de criar estímulos para que os mandamentos legais sejam cumpridos e, com isso, os interesses da sociedade sejam atendidos, caberia incluir, nessa norma, que no caso de o chefe do Poder Legislativo também falhar em realizar a indicação num prazo

⁵ Em outubro de 2018, foi consolidado o Relatório Final da Comissão de Juristas incumbida de elaborar propostas de aperfeiçoamento da gestão governamental e do sistema de controle da Administração Pública, presidida pelo ministro Bruno Dantas do TCU na Câmara dos Deputados. No relatório, a parte que toca às agências reguladoras abordou, especificamente, os critérios de recrutamento de dirigentes das autarquias especiais, que passou a ser mais rigoroso do ponto de vista técnico. Nesse ponto, a contribuição da Comissão de Juristas alterou a Lei nº 9.986/2000 (Lei das agências reguladoras) para propor, entre outras hipóteses, uma Comissão Técnica de pré-seleção, composta por cinco especialistas no campo de atividade da agência reguladora, com reputação ilibada, que ficarão responsáveis por constituir uma lista tríplice dos dirigentes para posterior submissão à aprovação do Senado Federal (art. 44, § 1º). Nesse sentido, o art. 5º da Lei nº 9.986/2000, com as alterações do PL nº 6.621/2016, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 5º O Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor Geral (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada (CD II) serão brasileiros, indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal nos termos da alínea ‘f’ do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento técnico devidamente comprovado no campo da especialidade da agência reguladora, devendo ser atendido I (um) dos requisitos das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do inciso I e, cumulativamente, o inciso II: I – ter experiência profissional de, no mínimo: a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexa, em função de direção superior; ou b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos: 1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público, no campo de atividade da agência reguladora; 3. cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; ou c) 10 (dez) anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexa; e II – ter formação acadêmica superior, com comprovada capacitação técnica compatível com o cargo para o qual foi indicado” (BRASIL, 2018a, p. 11-12).

⁶ Dispõe o art. 44, § 6º, da Lei nº 9.986/2000, com as alterações do PL nº 6.621/2016: “§ 6º Caso a Comissão Técnica não formule a lista tríplice nos prazos previstos no § 1º, o Presidente da República poderá indicar, em até 60 (sessenta) dias, pessoa que cumpra os requisitos indicados no *caput*” (BRASIL, 2018a, p. 13).

igualmente assinalado, o poder de nomear o diretor da agência reguladora com vaga volta ao Poder Executivo, dispensada a aprovação do Senado.

Sobre os autores

Bruno Dantas é doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; *visiting researcher fellow* na Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova Iorque, EUA, e no Max Planck Institute Luxembourg for Regulatory Procedural Law, Luxemburgo, Luxemburgo; professor do mestrado e doutorado em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, e da Uninove, São Paulo, SP, Brasil; ministro do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: min-bd@tcu.gov.br

Valdecyr Maciel Gomes é graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil; mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: valdecyrgomes@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

DANTAS, Bruno; GOMES, Valdecyr Maciel. A governança nas agências reguladoras: uma proposta para o caso de vacância. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 11-31, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p11

(APA)

Dantas, B., & Gomes, V. M. (2019). A governança nas agências reguladoras: uma proposta para o caso de vacância. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 11-31. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p11

Referências

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy and practice*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Juristas Incumbida de Elaborar Propostas de Aperfeiçoamento da Gestão Governamental e do Sistema de Controle da Administração Pública. *Relatório final*. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2018a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/documentos/seminarios/Relatriofinal.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. [Projeto de Lei nº 6.621, de 2016]. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 [...]. Brasília, DF:

Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514475&filename=PL+6621/2016. Acesso em: 19 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/constituicao.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 7.703, de 20 de março de 2012*. Altera o Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002, que aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7703.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427compilada.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013*. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001*. Altera as Leis nºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2225-45.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 24.510-7/DF*. Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução. 1 – Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativamente ou judicialmente [...]. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: MIn. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança*: aplicável a órgãos da administração pública. 2. versão. Brasília, DF: TCU, 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DDA8CE1014DDFC35CA83C74>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *TC 012.693/2009-9 [Acórdão 2261/2011]*. Auditoria de natureza operacional. Governança regulatória no âmbito das agências reguladoras de infraestrutura. Oportunidades de melhoria. Determinações e recomendações. Identificação de boas práticas. Disseminação. Comunicação. Interessado: Tribunal de Contas da União – TCU; Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados. Relator: Min. José Jorge, 24 de agosto de 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=57991>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *TC 031.996/2013-2 [Acórdão 240/2015]*. Auditoria operacional. Agências reguladoras de infraestrutura. Avaliação da governança da regulação. Recomendações. Interessado: Presidência da República. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=517715>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *TC 031.996/2013-2 [Relatório]*. [Brasília, DF]; TCU, [2013?]. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=8483229&codPapelTramitavel=52473774>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *TC 044.446/2012-8 [Acórdão 224/2013]*. Representação de unidade técnica. Diretrizes para elaboração do relatório das contas do Governo. Exercício de 2013. Aprovação. Interessado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Ana Arraes, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/224%252F2013/%20/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/2/%20?uuid=2a0acdf0-929e-11e9-90be-23fa70028d68>. Acesso em: 19 jun. 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo: anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: _____ (org.). *Teoria do Estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

_____. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra “indeferência” à regulação. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 17 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniao-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao#author>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social: reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91-113.

_____. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006.

PUPO, Fábio. TCU multa direção da Antaq e determina mudança de tarifa. *Valor Econômico*, [s. l.], 26 jul. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5688425/tcu-multa-direcao-da-antag-e-determina-mudanca-de-tarifa>. Acesso em: 19 jun. 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (coord.). *Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva*. [São Paulo]: FGV Direito SP, [2017]. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf. Acesso em: 19 jun. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014. p. 97-128.

_____. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____. (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

UNITED NATIONS. United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. *What is good governance?* [S. l.]: Unescap, [2009]. Disponível em: <https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

ZYMLER, Benjamin. Política, direito e reforma do Estado: uma visão funcional-sistêmica. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, ano 37, n. 147, p. 35-49, jul./set. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/605/r147-04.PDF?sequence=4>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Contrato de transporte aéreo internacional

RAPHAEL MAGNO VIANNA GONÇALVES

Resumo: O regime internacional de responsabilidade civil estabelecido pelas Convenções de Varsóvia e Montreal regula as relações contratuais decorrentes do transporte aéreo internacional, entre as empresas aéreas e os passageiros, nas hipóteses de dano causado por morte ou lesão corporal e em casos de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada e da mercadoria transportada. Adotado pelo Brasil, esse regime não vinha sendo aplicado corretamente pelos tribunais brasileiros até recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela prevalência do regime internacional de Varsóvia e Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Transporte aéreo internacional. Convenção de Varsóvia e Montreal. Código de Defesa do Consumidor. Jurisprudência.

International air transport agreement

Abstract: The international civil liability regime established by the Warsaw and Montreal Conventions governs contractual relations arising from international air transport between airlines and passengers in the event of damage caused by death or personal injury and in cases of destruction, loss or damage to the checked baggage and the goods transported. Adopted by Brazil, this regime was not being correctly applied by the Brazilian courts until the recent Supreme Court decision, which held the prevalence of the Warsaw and Montreal international regime instead of the Consumer Protection Code.

Keywords: International air transport. Convention of Warsaw and Montreal. Code of Consumer Protection. Jurisprudence.

Introdução

O comércio internacional, assim como algumas atividades desenvolvidas no contexto internacional, demanda, às vezes, a elaboração de regras internacionais para regular as relações contratuais.

O transporte aéreo internacional de pessoas, suas bagagens e mercadorias, tendo em vista estar submetido a diferentes ordenamentos jurídicos, tem sido objeto de tentativas de regulação internacional desde o fim do século XIX.¹

No intuito de estabelecer uma norma jurídica aplicável ao transporte aéreo internacional, durante a Segunda Conferência Internacional de Direito Privado Aéreo, realizada em Varsóvia, entre os dias 4 e 12 de outubro de 1929, foi concluída a Convenção para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, a qual ficou conhecida como Convenção de Varsóvia de 1929 (BRASIL, 1931).

O Brasil, de forma precursora, fez parte dos cinco primeiros países a assinarem a Convenção de 1929, com Espanha, Iugoslávia, Romênia e França.² Em seguida, vários países aderiram ao regime internacional instituído por essa convenção. Tratava-se de uma iniciativa visionária e uma tentativa de harmonizar o sistema de responsabilidade civil concernente ao transporte aéreo internacional.

A Convenção de Varsóvia foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931. Aplicável a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou mercadorias efetuado por aeronave mediante remuneração, e aos transportes por aeronave efetuados gratuitamente por empresa de transportes aéreos, essa convenção estabeleceu o regime internacional de responsabilidade civil das transportadoras aéreas.

Ao longo do tempo, a Convenção de 1929 foi atualizada pelo Protocolo de Haia de 1955, pelo Protocolo de Guadalajara de 1961 (BRASIL, 1931, 1998) e pelo Protocolo da Guatemala de 1971 (GUATEMALA, 1971), culminando, em 1999, com a Convenção de Montreal (BRASIL, 2006a). A Convenção de Montreal, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.910, de 2006, modernizou o regime internacional então vigente e possibilitou o desenvolvimento ordenado das operações de transporte aéreo

¹ A primeira conferência internacional de direito aéreo aconteceu em Paris, em 1889. Para mais informações a esse respeito, ver McClean, Chambers, Gill, Koning, Leandro, Ruehmkorf e Margo (1991).

² O Brasil participou ativamente dos trabalhos para a formalização do texto da Convenção de Varsóvia, tendo, inclusive, elaborado um trabalho preparatório, que foi apresentado durante a conferência, em torno da definição do “transportador” e da inserção de um artigo na Convenção pelo qual ficasse o transportador obrigado a conservar, durante dois anos, os documentos de transporte. A Conferência julgou que ambas as propostas brasileiras não deveriam ser reguladas pela Convenção e confiou o trabalho preparatório à Comissão Internacional Técnica de Perito do Direito Aéreo como base para seus estudos.

internacional e da circulação de passageiros, bagagens e cargas.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]), por sua vez, previu em seu art. 178 que “[a] lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

Destarte, a elaboração de normativas internas que tratem de transporte internacional, por força do art. 178 da CRFB, deve observar os acordos internacionais firmados pela União.

No ordenamento jurídico brasileiro, a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) (BRASIL, [2017b]), foi sem dúvida um grande avanço para a proteção do consumidor que, até então, dispunha apenas das regras do velho Código Civil (CC), que eram insuficientes e inadequadas para a regulação das relações de consumo cada vez mais complexas. Todavia, existem antinomias entre o regime internacional de transporte aéreo regulado pelas convenções de Varsóvia e Montreal e as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC), criadas para regular especificamente as relações de consumo de uma maneira geral e aparentemente aplicáveis também à relação contratual entre o transportador e o passageiro ou o transportador e o proprietário de uma mercadoria transportada.

Durante muito tempo, os tribunais brasileiros tentaram resolver essas antinomias com base em princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como o critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), o critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e o critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*). Todavia, a assimetria dos julgados, até mesmo nos tribunais superiores, trouxe grande insegurança jurídica para as partes envolvidas no contrato de transporte aéreo internacional.

1 Regime internacional de responsabilidade civil

Dentre as principais previsões da Convenção de Varsóvia, destaca-se a responsabilidade presumida do transportador aéreo por morte ou ferimento de passageiro, por destruição, perda ou avaria de bagagem despachada ou de mercadorias, e por dano proveniente do atraso no transporte aéreo de viajantes, bagagem ou mercadorias.³

A responsabilidade civil presumida tem como consequência a inversão do ônus da prova. Todavia, a Convenção previa, igualmente, a possibilidade de exoneração da responsabilidade do transportador caso ele conseguisse provar que tinha tomado todas as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, ou que não fora possível tomá-las. Além disso, o transportador não seria responsável caso provasse que o dano ocasionado a uma bagagem ou uma mercadoria seria derivado de um erro de pilotagem, de condução da aeronave ou de navegação, contanto que seus prepostos tivessem tomado todas as medidas necessárias para que o dano não se produzisse. Além disso, o tribunal poderia excluir ou atenuar a responsabilidade do transportador caso o dano tivesse sido causado por culpa da pessoa lesada.⁴

Em contrapartida à responsabilidade presumida, a Convenção de Varsóvia também previa a limitação de responsabilidade do transportador em relação ao transporte de pessoas, de mercadorias, de bagagem despachada e de objetos sob a guarda do passageiro.⁵

O regime internacional estabelecido pela Convenção de Varsóvia trouxe, como almejado, uniformidade em relação às normas aplicáveis ao setor e maior segurança jurídica para as empresas transportadoras e os usuários do transporte.

³ Ver arts. 17 e 20 (1) (BRASIL, 1931).

⁴ Ver arts. 20 e 21 (BRASIL, 1931).

⁵ Ver art. 22 (BRASIL, 1931).

Visando o equilíbrio contratual, a Convenção previa a nulidade de qualquer cláusula tendente a exonerar o transportador de suas responsabilidades ali estabelecidas ou a fixar limite indenizatório inferior ao previsto.⁶ A prática de inserir cláusulas de negligência nos contratos de transporte – em inglês, *negligence clause* – deriva do transporte marítimo de mercadorias. Essa cláusula, geralmente, previa que o transportador marítimo não seria responsável por qualquer dano causado à mercadoria transportada. As primeiras reações a esse tipo de cláusula abusiva vieram dos Estados Unidos, por meio do Harter Act de 1893 (UNITED STATES, 1893). A lei americana proibia a estipulação desse tipo de cláusula nos contratos envolvendo um transporte com destino ou origem nos portos daquele país e obrigava o transportador a garantir a navegabilidade do navio e a aptidão a afrontar os riscos do mar (obrigação de diligência, *due diligence*, em inglês)⁷.

O prazo para ingressar com uma ação de responsabilidade civil contra o transportador era de dois anos a contar da data de chegada; ou do dia em que a aeronave devia ter chegado a seu destino; ou do dia da interrupção do transporte.⁸ Esse prazo prescricional destoava do prazo de um ano adotado pela convenção que regulava o transporte marítimo internacional, chamada Convenção de Bruxelas para Unificação de Certas Regras em Matéria de Conhecimento de Embarque, de 25 de agosto de 1924 (INTERNATIONAL..., 1924). Posteriormente, as convenções que regulam o transporte marítimo internacional, como as Regras de Hamburgo de 1978 e as Regras de Roterdã de 2009 (UNITED NATIONS, 1994, 2009), adotaram o prazo prescricional de dois anos seguindo o exemplo das convenções que regulam o transporte aéreo.⁹

Com o passar do tempo, a Convenção de Varsóvia sofreu várias modificações, culminando, finalmente, na Convenção de Montreal, de 28 de maio de 1999. Essa Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006 (BRASIL, 2006a). Os limites de responsabilidade civil estabelecidos pelo Sistema de Varsóvia ofereciam indenizações inadequadas às vítimas de acidentes e aos seus dependentes. Na década de 1980, vários países reagiram contra a desatualização desse regime de responsabilidade civil internacional em caso de morte ou lesões corporais dos passageiros. Tais países começaram a exigir que suas próprias transportadoras aéreas nacionais e, em alguns casos, que qualquer trans-

⁶ Ver art. 23 (BRASIL, 1931).

⁷ Ver Bonassies e Scapel (2016, p. 742).

⁸ Ver art. 29 (BRASIL, 1931).

⁹ Ver Bonassies e Scapel (2016, p. 917). O Brasil não adotou nenhuma convenção internacional que regule a responsabilidade civil do transportador marítimo quando há emissão de conhecimento de embarque.

portadora que servisse o seu mercado nacional aplicassem limites muito mais elevados. Nos anos 1990, a Associação Internacional do Transporte Aéreo (IATA) estabeleceu um regime voluntário em que as empresas de transporte poderiam optar por um sistema de responsabilidade ilimitada.¹⁰

As modificações concebidas pela Convenção de Montreal para o regime jurídico internacional de responsabilidade civil estabeleceram um enquadramento atualizado e uniforme para regular a relação contratual entre as companhias aéreas e os passageiros em relação aos danos causados a estes, às bagagens e às mercadorias transportadas.

A Convenção de Montreal adotou a responsabilidade objetiva do transportador por dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que originou a morte ou a lesão tenha ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque. O transportador também será responsável objetivamente pelo dano decorrente da destruição, perda ou avaria da carga, sob a única condição de que o fato que causou o dano tenha ocorrido durante o transporte aéreo. Em relação ao dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga, a Convenção manteve a responsabilidade presumida do transportador, que poderá provar que ele próprio e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas.

Dentre as principais inovações da Convenção de Montreal, destacamos a eliminação do erro de pilotagem, de condução da aeronave ou de navegação das causas excludentes de responsabilidade do transportador. Porém, além de ter trazido novas excludentes, a Convenção de Montreal manteve a exoneração de responsabilidade quando a pessoa lesada tenha causado o dano ou contribuído para ele por negligência, erro ou omissão. Também haverá exoneração de responsabilidade caso o transportador consiga provar que a destruição, perda ou avaria da carga se deve a natureza, defeito ou vício próprio da carga, ou ainda a embalagem defeituosa realizada por uma pessoa que não seja o transportador ou algum de seus prepostos. A exoneração se aplica também à destruição, perda ou avaria que se deva a ato de guerra ou conflito armado ou a ato de autoridade pública executado em conexão com a entrada, a saída ou o trânsito da carga.

É importante destacar que, nos casos de morte ou lesões dos passageiros, o transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade que não exceda a 100.000 Direitos Especiais de Saque¹¹ por passageiro. Essa

¹⁰ Nesse sentido, ver União Europeia (2000).

¹¹ As quantias indicadas em Direitos Especiais de Saque mencionadas na presente Convenção consideram-se referentes ao Direito Especial de Saque definido pelo Fundo Monetário Internacional. Ver União Europeia (2000).

foi uma das grandes inovações da Convenção de Montreal. Em contrapartida, o transportador não será responsável por danos de morte ou lesões dos passageiros que excedam a 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro se provar que o dano não se deveu à negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou se o dano se deveu unicamente à negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro. O ônus da prova para ter o direito ao benefício da limitação recai sobre o transportador.

Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito declaração especial de valor (denominada declaração *ad valorem*) no momento da entrega da bagagem à transportadora e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Nesse caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que esse valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a não ser que, conforme vimos, tenha sido feita uma declaração *ad valorem*.

A Convenção de Montreal permite, ainda, que o transportador estipule que o contrato de transporte estará sujeito a limites de responsabilidade mais elevados que os previstos na Convenção, ou que não estará sujeito a nenhum limite de responsabilidade. Importante deixar claro que somente o transportador poderá estabelecer tais limites, tendo em vista se tratar

de um contrato de adesão. O passageiro não poderá requerer do transportador a exclusão da limitação de responsabilidade ou o estabelecimento de valores mais elevados; porém, para evitar qualquer limitação, o passageiro terá a oportunidade, caso queira, de fazer uma declaração *ad valorem*.

Em contrapartida, a Convenção de Montreal proíbe que o transportador insira cláusula contratual que exonere a sua responsabilidade ou que fixe um limite inferior ao estabelecido na Convenção. Toda cláusula nesse sentido será considerada nula e de nenhum efeito, porém não implicará a nulidade do contrato, que continuará sujeito às disposições da Convenção.

Em respeito ao princípio da liberdade contratual, as disposições da Convenção não poderão impedir que o transportador recuse a realização de um contrato de transporte. Ele também poderá renunciar às defesas que possa invocar em virtude de tais disposições, ou estabelecer condições que não estejam em contradição com as disposições da Convenção.

Para a efetividade do regime de responsabilidade civil estabelecido, a Convenção de Montreal inovou ao prever que os transportadores são obrigados a manter um seguro adequado que cubra sua responsabilidade. A Convenção de Varsóvia era omissa em relação a esse tipo de garantia. O prazo prescricional para propositura da ação indenizatória, assim como na Convenção de Varsóvia, é de dois anos.

2 A insegurança jurídica pela ausência de uniformidade

A ausência de uniformidade das decisões judiciais que colocam fim aos litígios decorrentes de determinadas atividades comerciais pode provocar insegurança jurídica capaz de comprometer seu normal desenvolvimento,

principalmente quando se verificam elementos de estraneidade, como é o caso do transporte aéreo internacional. Muitas vezes é o consumidor final que acaba arcando com os custos que essa insegurança jurídica provoca.

2.1 Construção jurisprudencial dos Tribunais Superiores

Em julgamento realizado no ano de 1977 a respeito de questão alheia ao transporte aéreo internacional, porém envolvendo a discussão sobre a prevalência entre tratado internacional e legislação interna, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que leis internas prevalecem sobre os tratados internacionais. Nessa ocasião, o STF considerou que, “embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não sobrepõe ela às leis internas do País” (BRASIL, 1977, p. 915).

Entretanto, após a promulgação da atual Constituição, em 1988, e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990, o STF, em julgamento realizado em 7 de março de 2006 (BRASIL, 2006b), adotou o entendimento de que, embora válida a norma do CDC quanto aos consumidores em geral, no caso de contrato de transporte internacional aéreo, em obediência ao art. 178 da CRFB, prevalece o que dispõe a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos, e não o prazo de cinco anos previsto no CDC.

Revertendo o posicionamento adotado em 2006, em outro julgamento realizado em março de 2009, a maioria dos ministros do STF, ao se pronunciar a respeito da mesma matéria, admitiu o afastamento “das normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 2009b, p. 1.081).

Em brilhante voto divergente da maioria dos ministros, o ministro Eros Grau considerou que,

consumado o juízo de comparação, teremos que o Código de Defesa do Consumidor é lei especial em relação ao Código Civil. Não obstante, se o compararmos com o Código Brasileiro de Aeronáutica e com as disposições da Convenção de Varsóvia, teremos ser ele lei geral em relação [...] ao Código Brasileiro de Aeronáutica e às disposições da Convenção de Varsóvia (BRASIL, 2009b, p. 1.101).

Utilizando o critério da especialidade, o ministro invocou a necessidade de aplicação das normas especialmente aplicáveis à relação contratual

decorrente do transporte aéreo. Na “confirmação de voto”, o ministro Eros Grau esclareceu que,

no momento em que nego aplicação à lei a que se refere o artigo 178 da Constituição, ofendo a Constituição. Estou simplesmente permitindo que uma lei geral passe por cima da lei especial, que o Código do Consumidor passe por cima do Código Brasileiro de Aeronáutica” (BRASIL, 2009b, p. 1.120).

A ausência de uniformidade e a consequente insegurança jurídica vêm repercutindo, há tempos, em outros tribunais brasileiros. Em ação julgada em 24 de abril de 2002, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que “a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo CDC, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia” (BRASIL, 2002, p. 1).

Em um acórdão mais recente, publicado em outubro de 2016, o STJ confirmou o entendimento de que

a responsabilidade civil das companhias aéreas por extravio de bagagem, após o advento da Lei nº 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores alterações, tampouco pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, aplicando-se, em tais casos, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2016, p. 1).

Como bem observou o ministro Eros Grau em seu voto divergente no julgado anteriormente citado, o STJ havia adotado o posicionamento de que uma norma geral interna tinha o comando de revogar um tratado internacional aplicado especificamente a matéria de transporte aéreo internacional e em pleno vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo que, até então, não houvesse uma decisão de repercussão geral, as decisões proferidas

no âmbito do STJ têm o condão de influenciar os tribunais de instâncias inferiores.

2.2 Repercussão em instâncias inferiores

Em várias oportunidades, os tribunais de instâncias inferiores aplicaram o CDC em detrimento do regime internacional estabelecido pelas convenções de Varsóvia e Montreal, pelo fato de essa questão não ter sido enfrentada de maneira uniforme nos tribunais superiores.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), seguindo o entendimento do STJ, havia se posicionado pela aplicação do CDC em detrimento do regime internacional. Em uma decisão prolatada em 19 de março de 2015, a desembargadora Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho, relatora do processo, justificou seu posicionamento argumentando ser pacífico o

entendimento do STJ de que nos casos de responsabilidade civil decorrente da má prestação dos serviços pela companhia aérea, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor em prejuízo da Convenção de Varsóvia, com suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), e do Código Brasileiro de Aeronáutica (RIO DE JANEIRO, 2015, p. 156).

Na mesma decisão (RIO DE JANEIRO, 2015), ficou estabelecido que os danos materiais deveriam ser integralmente indenizados pela empresa aérea, na forma do CDC.¹²

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), de igual maneira, adotava entendimento contrário ao emprego das disposições do regime internacional. Em uma decisão prolatada em 25 de abril de 2017 em que o autor, em ação regressiva, objetivava reaver o valor despendido em virtude de prejuízos

¹²No mesmo sentido, ver a decisão do TJRJ (RIO DE JANEIRO, 2014).

suportados com o extravio da bagagem do segurado, o relator desembargador Silveira Paulilo, assentado em jurisprudência do STJ, entendeu que

deve ser observado o prazo prescricional de cinco anos previsto no Código de Defesa do Consumidor, [e que] a indenização deve compreender o valor real da carga avariada, não estando limitada a uma importância tarifada, prevista nas Convenções de Varsóvia e de Montreal e também no Código Brasileiro de Aeronáutica (SÃO PAULO, 2017a, p. 4-7).¹³

Em outra decisão, apesar da interpretação pela aplicação do regime internacional, o TJSP, com base em posicionamento do STJ (BRASIL, 1994, 1997), afastou a incidência das disposições do regime internacional sob o argumento de cometimento de culpa grave da transportadora, ensejadora da exclusão dos benefícios da limitação de responsabilidade (“indenização tarifada”). Conforme transcrição de parte da decisão,

em caso de desaparecimento total ou parcial da bagagem, sem o fornecimento de nenhuma explicação pela transportadora, há de incidir presunção de que isso aconteceu por força de ato doloso praticado por algum preposto da apelante ou em decorrência de negligência crassa, inadmissível, na conferência e entrega dos volumes a quem de direito, culpa grave, portanto (SÃO PAULO, 2012a, p. [4]).¹⁴

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), em decisão proferida em 8 de março de 2016, entendeu que

nem se cogite a inaplicabilidade da Legislação Consumerista no caso em apreço, pois à proteção ao consumidor é conferido, pela Constituição Federal, o *status* de direito fundamental (art. 5º, XXXII), sendo imperiosa a prevalência das normas de defesa do consumidor, que garantem a reparação integral, sobre as convenções e tratados internacionais sobre aviação (MINAS GERAIS, 2016a, p. [5]).

Em outra decisão, proferida em 6 de abril de 2016, o TJMG considerou que

a Convenção de Montreal, que substituiu a Convenção de Varsóvia a respeito de indenizações para danos sofridos em transporte aéreo internacional, não afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que é lei especial, de caráter geral, abrangendo garantia constitucional. Ainda que o tratado internacional integre o conjunto de leis do País, não pode desrespeitar a prevalência da Constituição Federal, e a ela não se sobrepõe (MINAS GERAIS, 2016b, p. [3]).

¹³No mesmo sentido, ver decisão do TJSP (SÃO PAULO, 2017b).

¹⁴No mesmo sentido, ver decisão do TJSP (SÃO PAULO, 2012b).

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), em julgado proferido em 6 de dezembro de 2016, também se manifestou nesse sentido nos seguintes termos:

Como cediço, a responsabilidade civil da companhia de transporte aéreo pelo extravio de bagagem dos passageiros submete-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, em detrimento das cláusulas que atenuam o dever de indenizar do fornecedor, preconizadas nas Convenções Internacionais e Normas Internas afetas à Aviação Nacional. [...] Não se coaduna com os princípios constitucionais básicos à tutela do consumidor a limitação da responsabilidade do transportador, de modo que, diante da comprovada falha na prestação do serviço, impõe-se a responsabilização, à luz do artigo 14 do Diploma Consumerista (ESPÍRITO SANTO, 2016a, p. [2-3]).¹⁵

O Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), em decisão proferida em 9 de outubro de 2017, adotando um posicionamento totalmente alheio ao atual entendimento de repercussão geral do STF (BRASIL, 2017d, 2017e) pela aplicabilidade das disposições do regime internacional, considerou que

[f]az-se necessário reconhecer, desde logo, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações entre os passageiros e as companhias aéreas, tendo em vista que a aludida atividade se enquadra no conceito de serviço, onde a empresa de aviação é a prestadora, conforme art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e o passageiro consumidor. Neste sentido, reiteradamente decide o Superior Tribunal de Justiça asseverando que: [...] “tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica” (PERNAMBUCO, 2017b).¹⁶

¹⁵No mesmo sentido, ver decisão do TJES (ESPÍRITO SANTO, 2016b).

¹⁶No mesmo sentido, ver decisão do TJPE (PERNAMBUCO, 2017a). Em sentido contrário, reconhecendo a pre-

Esse posicionamento evidencia total ausência de zelo no exercício da atividade jurisdicional do juiz, que não se preocupou com verificar o atual entendimento de repercussão geral do STF, causando prejuízos às partes que, caso tenham interesse, terão que interpor recurso para modificar a decisão proferida em desacordo com a jurisprudência vigente.

A imprecisão na jurisprudência brasileira a respeito do regime aplicável aos contratos relativos ao transporte aéreo internacional ainda ocasiona insegurança jurídica para as partes envolvidas.

3 Reforma da jurisprudência com repercussão geral

O posicionamento que os tribunais brasileiros vinham assumindo foi modificado pela maioria de votos do Plenário do STF no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) nº 636.331 e do RE com Agravo (ARE) nº 766.618 (BRASIL, 2017d, 2017e), em que se reconheceu a existência de repercussão geral¹⁷ da questão constitucional suscitada.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário com reconhecimento de repercussão geral vincula¹⁸ os demais órgãos do Poder Judiciário, e qualquer decisão proferida em desconformidade fatalmente será reformada. O Código de Processo Civil (CPC) dispõe, em seu art. 1.030, I, “a”, que deverá ser negado seguimento

valência do regime internacional sobre o CDC, ver outra decisão do TJPE (PERNAMBUCO, 2017c).

¹⁷Conforme site do STF, “A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo Supremo Tribunal Federal. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (SOBRE..., 2018).

¹⁸Ver art. 102, § 2º, da CRFB, e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, [2017a], [2009a]).

a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral (BRASIL, [2017c]).

O RE nº 636.331 foi ajuizado pela empresa de transporte aéreo *Air France* contra acórdão do TJRJ. O Tribunal considerou que a existência de relação de consumo entre as partes fundamenta a reparação pelo extravio de bagagem nos termos do CDC, e não segundo a Convenção de Varsóvia. Essa ação, extremamente relevante para o setor de transporte aéreo, teve como *amicus curiae*, entre outros, a *International Air Transport Association* (IATA).

O ARE nº 766.618 foi interposto pela empresa *Air Canada* contra acórdão do TJSP, que entendeu pela aplicação do CDC em detrimento da Convenção de Montreal e manteve a condenação da empresa ao pagamento de indenização por danos morais por atraso de doze horas em voo internacional. A empresa *Air Canada* alegava, preliminarmente, o decurso do prazo prescricional de dois anos, conforme previsão da Convenção de Montreal. Porém, a justiça paulista entendeu pela aplicação do prazo prescricional quinquenal, nos termos do CDC.

A tese com repercussão geral adotada pelo STF no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários supramencionados, assentada em previsão constitucional, considerou que “por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas das convenções que regem o transporte aéreo internacional prevalecem sobre o Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 2017d, p. [39], 2017e, p. [23]).

O ministro Gilmar Mendes, relator do RE nº 636.331, considerou três aspectos para a solução da controvérsia:

(1) o possível conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da Constituição Federal; (2) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 da Lei 8.078/90 e as regras dos arts. 22 da Convenção de Varsóvia e da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; e (3) o alcance das referidas normas internacionais, no que se refere à natureza jurídica do contrato e do dano causado (BRASIL, 2017d, p. [12]).

Quanto ao primeiro aspecto, o ministro Gilmar Mendes sustentou que “a proteção do consumidor não é a única diretriz a que se orienta a ordem econômica nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador no caso em exame” (BRASIL, 2017d, p. [12]).

Para o ministro,

[o] teor da norma transcrita [artigo 178 da Constituição Federal], que já constava da redação original da Constituição de 1988, é claro ao impor a compatibilização entre a competência legislativa interna, em matéria de transporte internacional, e o cumprimento das normas internacionais, adotados pelo Brasil, na matéria (BRASIL, 2017d, p. [13]).

Quanto ao segundo aspecto, o ministro salientou a necessidade de se considerar a ausência de hierarquia entre os diplomas normativos em conflito e considerou que a antinomia deve ser solucionada pela aplicação dos critérios ordinários, que determinam a prevalência da lei especial em relação à lei geral e da lei posterior em relação à lei anterior. Observando o critério cronológico e o critério da especialidade, ressaltou que a Convenção de Varsóvia e os regramentos internacionais devem ser aplicados, e não as regras do CDC. O ministro ponderou que “[a]mbos os regramentos convivem no ordenamento jurídico brasileiro, afastando-se o

Código, no ato de aplicação, sempre que a relação de consumo decorrer de contrato de transporte aéreo internacional” (BRASIL, 2017d, p. [15]).

Em relação ao terceiro aspecto, o ministro Gilmar Mendes chama atenção para o fato de a Convenção não alcançar os contratos de transporte nacional de pessoas, mas somente o transporte internacional. Destaca ainda que “a limitação imposta pelos acordos internacionais alcança tão somente a indenização por dano material, e não a reparação por dano moral” (BRASIL, 2017d, p. [16]).

No julgamento do ARE nº 766.618, o relator ministro Luís Roberto Barroso ponderou que,

[s]alvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com *status* equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade (BRASIL, 2017e, p. [1]).

O ministro Barroso considerou que, em relação ao transporte internacional, o art. 178 da CRFB estabelece uma regra especial de solução de antinomias, que determina a prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles, e que tal conclusão também se aplica quando o conflito envolve o CDC.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) emitiu o Parecer nº 13.002/PRC, em que defende a prevalência do CDC sobre o regime internacional em vigor no País. Conforme o Parecer nº 13.002/PRC da PGR (BRASIL, 2012, p. 3),

o Código de Defesa do Consumidor é Lei especial, porquanto só ele regula as relações de consumo, de modo que, uma vez identificada a mencionada relação, deverá ele incidir, ainda que exista outra legislação especial tratando da matéria, no caso a Convenção de Varsóvia e o Código do Ar.

Acrescente-se que o Código de Consumidor retrata a vontade mais recente do legislador, adequando-se melhor às situações presenciadas atualmente, trazendo diversas inovações, entre elas a responsabilidade objetiva na reparação dos danos decorrentes do contrato de transporte, de forma que a Convenção de Varsóvia, estabelecida em época em que o transporte aéreo era pouco frequente, espelha concepção já superada pelas exigências atuais.

Ou seja, para a PGR, basta a superveniência de uma lei especial que trate do mesmo assunto para que haja a derrogação de uma convenção internacional ratificada pelo Brasil. Porém, é sabido que a forma correta para a revogação de uma convenção internacional válida no ordenamento jurídico brasileiro é a denúncia. Nesse sentido, é imperioso citar o próprio

artigo 54 da Convenção de Montreal (ver artigo 39 da Convenção de Varsóvia): “(1) Todo Estado Parte poderá denunciar a presente Convenção, mediante notificação por escrito dirigida ao Depositário. (2) A denúncia surtirá efeito cento e oitenta dias após a data em que o Depositário receba a notificação” (BRASIL, 1931). Não tendo ocorrido a denúncia, as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil estão em pleno vigor e a inobservância de suas regras afeta a segurança jurídica do País.

A decisão tomada pelo STF, com repercussão geral, traz maior segurança jurídica para as partes, tendo em vista alguns posicionamentos conflitantes adotados na própria Corte Suprema.

Quanto aos danos morais, a jurisprudência vem consignando – o caso em comento comprova tal afirmativa – que o extravio de bagagem é situação que suplanta o mero aborrecimento e, nessa medida, consuma, *in re ipsa*, os danos morais.¹⁹

Conclusão

A ratificação de uma convenção internacional deve ser precedida de muito estudo de compatibilidade com o ordenamento normativo brasileiro, assim como as leis brasileiras devem ser editadas em sintonia com as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

O Brasil, ao ratificar o regime internacional estabelecido pelas Convenções de Varsóvia e Montreal, exercendo plenamente a sua soberania, tem a obrigação de respeitar as regras ali previstas, devendo proceder às devidas modificações das normas internas que estejam em desacordo com essas Convenções.

Os tribunais brasileiros não podem se furtar a aplicar tais normas no transporte aéreo internacional sob o pretexto de infringir normativa interna do ordenamento jurídico brasileiro. O respeito aos acordos ratificados pelo Brasil é fundamental para a garantia da segurança jurídica.

A denúncia da convenção internacional ratificada é a forma correta caso a opção fosse não fazer parte do regime internacional estabelecido, o que acredito não ser a melhor alternativa para o Brasil. O regime de responsabilidade civil estabelecido pelas Convenções de Varsóvia e Montreal, inegavelmente, propicia maior segurança jurídica para as partes envolvidas, principalmente para o transportador que está exposto a jurisdições que adotam normas completamente distintas.

¹⁹ O TJRJ editou a Súmula nº 45 (RIO DE JANEIRO, 2002), segundo a qual “[é] devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo”.

Sobre o autor

Raphael Magno Vianna Gonçalves é doutor em Ciências Jurídicas pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris, França; pós-doutor do Programa Human Sea do Conselho Europeu de Pesquisa e da Université de Nantes, Nantes, França; mestre em Direito Marítimo e dos Transportes pela Université Aix-Marseille III, Aix-en-Provence, França; docente no mestrado em Direito na Université de Nantes, Nantes, França.
E-mail: raphaelmbh@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

GONÇALVES, Raphael Magno Vianna. Contrato de transporte aéreo internacional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 33-50, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p33.

(APA)

Gonçalves, R. M. V. (2019). Contrato de transporte aéreo internacional. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 33-50. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p33

Referências

BONASSIES, Pierre; SCAPEL, Christian. *Droit maritime*. 3e ed. Paris: L.G.D.J., 2016. (Traité).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 5 dez. 2018.

_____. *Decreto nº 2.861, de 7 de dezembro de 1998*. Promulga o Protocolo Adicional nº 4, assinado em Montreal, em 25 de setembro de 1975, que modifica a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional concluída em Varsóvia [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2861.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. *Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006*. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5910.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. *Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931*. Promulga a Convenção de Varsóvia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1931. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm. Acesso em: 5 dez. 2018.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante

o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 5 dez. 2018.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 874.427/SP*. Agravo interno no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Transporte Aéreo. Extravio de bagagem. Violação ao art. 535 do CPC/1.973. Inexistência. Ofensa aos arts. 165 e 458, II, do CPC/1.973. Não ocorrência [...]. Agravante: VRG Linhas Aéreas S/A. Agravado: Marco Aurélio Fernandes Mesquita *et al.* Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 4 de outubro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1543348&num_registro=201600538282&data=20161007&formato=PDF. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 269.353/SP*. Transporte aéreo internacional – extravio de carga – indenização integral – CDC. Embargante: Deutsche Lufthansa A. G. Embargado: Allianz Bradesco Seguros S/A. Relator: Min. Castro Filho, 24 de abril de 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=8493&num_registro=200101221396&data=20020617&formato=PDF. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 39.297-7/SP*. Transporte aéreo – extravio de mercadoria – limitação de responsabilidade. A norma pertinente à limitação da responsabilidade do transportador abrange a execução integral do contrato de transporte, não se podendo tê-la como compreendendo apenas os riscos inerentes a esse tipo de transporte [...]. Recorrente: Viação Aérea de São Paulo S/A – VASP. Recorrida: Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – COSESP; Brasil Companhia de Seguros Gerais. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, 5 de setembro de 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300271997&dt_publicacao=05-09-1994&cod_tipo_documento=. Acesso em: 5 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 111.967/SP*. Transporte aéreo. Extravio de carga. Culpa grave do transportador. Caracterizado o extravio de carga como sendo resultado de culpa grave da companhia transportadora, a sua responsabilidade não está limitada aos índices estabelecidos na Lei 7.565/86 [...]. Recorrente: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Recorrido: América Latina Companhia de Seguros. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 5 de maio de 1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600683425&dt_publicacao=05-05-1997&cod_tipo_documento=. Acesso em: 5 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Parecer nº 13.002/PRC*. Brasília, DF: [s. n.], 25 set. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=2017925&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 80.004/SE*. Convenção de Genebra – lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias – aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal – impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.1969 [...]. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, 1ª de junho de 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 297.901-5/RN*. Prazo prescricional. Convenção de Varsóvia e Código de Defesa do Consumidor [...]. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A – VASP. Recorrida: Janekelly Ribeiro Rêgo. Relatora: Min. Ellen Gracie, 7 de março de 2006b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260411>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 351.750-3/RJ*. Recurso extraordinário. Danos morais decorrentes de atraso ocorrido em voo internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria infraconstitucional. Não conhecimento [...]. Recorrente: Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG S/A. Recorrido: Ana Maria da Costa Jardim. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de março de 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 636.331/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. 3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia [...]. Recorrente: Societé Air France. Recorrido: Sylvia Regina de Moraes Rosolem. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de maio de 2017d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário com Agravo 766.618/SP*. Direito do consumidor. Transporte aéreo internacional. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. Recorrente: Air Canada. Recorrido: Cintia Cristina Giardulli. Relator: Min. Roberto Barroso, 25 de maio de 2017e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313246262&ext=.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2018.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça (2. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0027473-36.2013.8.08.0024*. Consumidor e processo civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Extravio de bagagem. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Defeito na prestação de serviços. Responsabilidade objetiva. Danos materiais [...]. Apelante: GOL Transportes Aéreos S/A. Apelado: Daniella Tosta Link. Relator substituto: Des. Cristóvão de Souza Pimenta, 6 de dezembro de 2016a. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/consultaunificada/faces/pages/pesquisaSimplificada.xhtml>. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça (2. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0035550-34.2013.8.08.0024*. Civil e processual civil. Apelação cível. Transporte aéreo. Prevalência do CDC. Convenção de Montreal. Inaplicável. Danos materiais. Comprovação. Danos morais. Valor da indenização [...]. Recorrente: Alitalia Compagnia Aerea Italiana SPA. Recorrido: Leonardo Souza Rogério de Castro. Relator: Des. Samuel Meira Brasil Júnior, 26 de abril de 2016b. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/consultaunificada/faces/pages/pesquisaSimplificada.xhtml>. Acesso em: 7 dez. 2018.

GUATEMALA. *Protocolo que modifica el convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado em Varsovia el 12 de Octubre de 1929, modificado por el protocolo hecho em la Haya el 28 de Septiembre de 1955*. Guatemala: República de Guatemala, 1971. Disponível em: <http://www.doctorcalleja.com.ar/archivos/guatemala%201971.htm>. Acesso em: 6 dez. 2018.

INTERNATIONAL Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bill of Lading. Brussels: [s. n.], 1924. Disponível em: https://transportrecht.org/wp-content/uploads/HaagerRegeln_e.pdf. Acesso em: 7 jun. 2019.

MCCLEAN, David; CHAMBERS, Jonathan; GILL, Michael; KONING, Ingrid; LEANDRO, Solange; RUEHMKORE, Andreas; MARGO, Rod D. (coord.). *Shawcross and Beaumont: air law*. 4th ed. London: Butterworths: LexisNexis, 1991. v. 1.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (18. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 1.0024.14.136489-3/001*. Apelação cível. Responsabilidade civil. Perda ou extravio de bagagem. Dano moral configurado. Reparação devida. Sentença mantida. A responsabilidade civil da empresa de transporte aéreo deve ser analisada sob a ótica objetiva [...]. Apelante: TAM – Linhas Aéreas S.A. Apelado: Eduardo Henrique de Castro Tito. Relator: Des. João Cancio de Mello Junior, 8 de março de 2016a. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10024141364893001. Acesso em: 7 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça (16. Câmara Cível). *Embargos Infringentes nº 1.0701.13.007149-4/002*. Embargos infringentes. Ação de indenização. Serviço de transporte aéreo. Extravio de bagagem. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais.

Responsabilidade objetiva do fornecedor. Reparação [...]. Embargante: Ronivon dos Reis. Embargado: TAM Linhas Aéreas S/A. Relatora: Des. Aparecida Grossi, 29 de maio de 2016b. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10701130071494002. Acesso em: 7 dez. 2018.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça (Gabinete do Des. José Carlos Patriota Malta). *Apelação nº 0002704-90.2016.8.17.2001*. Apelação cível – ação de indenização por danos morais e materiais – transporte aéreo internacional – relação de consumo – responsabilidade objetiva – extravio de bagagem – danos materiais – ausência de comprovação [...]. Apelante: Josemar Cavalcanti de Morais Bezerra Leite. Apelado: American Airlines INC. Relator: Des. José Carlos Patriota Malta, 22 de setembro de 2017a. Disponível em: <https://pje.tjpe.jus.br/2g/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Tribunal de Justiça (2. Gabinete da 1. Turma Recursal). *Recurso Inominado nº 0007581-63.2017.8.17.8201*. Recurso inominado. Ação de indenização por danos morais por atraso e cancelamento de voo. Comprovada falha na prestação do serviço por atraso pelo período de treze horas sem prestar assistência necessária ao passageiro [...]. Recorrente: GOL Linhas Aéreas Inteligentes S.A. Recorrido: José Higino Silva dos Santos. Relatora: Juíza Sonia Stamford Magalhães Melo, 9 de outubro de 2017b. Disponível em: <https://pje.tjpe.jus.br/2g/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Tribunal de Justiça (2. Gabinete da 4. Turma Recursal). *Recurso Inominado nº 0010884-56.2015.8.17.8201*. Recurso inominado. Impedimento de embarque em voo internacional, realizado após três dias. Aplicação das regras internacionais que se sobrepõem à norma consumerista. RE 636331/RJ e ARE 76618/SP [...]. Recorrente: Marcella Barros de Oliveira Lima Albuquerque. Recorrido: American Airlines INC; VRG Linhas Aéreas S.A. Relatora: Juíza Fernanda Pessoa Chuahy de Paula, 28 de setembro de 2017c. Disponível em: <https://pje.tjpe.jus.br/2g/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 10 jan. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (26. Câmara Cível/Consumidor). *Apelação nº 0003823-80.2013.8.19.0079*. Apelação cível. Direito do consumidor. Ação indenizatória. Atraso em voo e extravio de bagagem [...]. Apelante: Iberia Linhas Aereas de España S.A. Apelada: Cirleia de Rezende Gonçalves. Relatora: Des. Márcia Cunha Silva Araújo de Carvalho, 19 de março de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000439EBDF877360E4D70E4405DACF566477C50356031523&USER=>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça (26. Câmara Cível/Consumidor). *Apelação nº 0455600-16.2012.8.19.0001*. Apelação. Processo Civil. Rito ordinário. Ação de indenização por danos morais. Relação de consumo. *American Airlines*. Cancelamento do voo internacional por defeitos mecânicos na aeronave. Atraso de 24 horas no embarque. Sentença julgando procedente o pedido [...]. Apelante: American Airlines INC. Apelado: Bianca Amaral Villas Boas *et al.* Relator: Des. Juarez Fernandes Folhes, 12 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042F8A59FC0ECD4D8E92A25180582B1ADDC50341281A09&USER=>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. *Súmula nº 45*. É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo. Rio de Janeiro: Poder Judiciário [do] Estado do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-45>. Acesso em: 7 dez. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (21. Vara Cível). *Apelação 0017002-71.2009.8.26.0000/SP*. Transporte aéreo internacional. Indenização. Danos materiais e morais. Extravio de bagagem e atraso de voo. Procedência decretada em 1º grau. Danos que devem ser indenizados pelo regime das convenções de Montreal e de Varsóvia [...]. Apelante: Alitalia Linee Aeree Italianee SPA. Apelado: Maria Cristina Hunkelmann. Relator: Des. Campos Mello, 16 de fevereiro de 2012a. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5765436&cdForo=0&uuuidCapcha=sajcaptcha_11bc062839464141a4fd5cee0a037b69&vlCapcha=5ww&novoVICapcha=. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Tribunal de Justiça (1. Vara Cível). *Apelação nº 1008262-88.2015.8.26.0003*. Contrato de transporte. Ação regressiva de seguradora contra a transportadora aérea. Extravio de bagagem.

Sub-rogação nos direitos. Alegações de falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido, rejeitadas. Aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no Código de Defesa do Consumidor [...]. Apelante: TAM Linhas Aéreas S/A. Apelado: Chubb do Brasil Companhia de Seguros. Relator: Des. Silveira Paulilo, 25 de abril de 2017a. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?jsessionid=66602A5285A345B03D492F51100B05F0.cjsg3?conversationId=&cdAcordao=10368917&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_b8ac8a4d19794c5db48cd74a63dfa001&v1Captcha=RDD&novoV1Captcha=. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Tribunal de Justiça (30. Vara Cível). *Apelação Cível 0056243-52.2009.8.26.0000*. Direito civil – obrigações – espécies de contratos – seguro. Apelante: American Airlines Inc. Apelado: Liberty Seguros SA. Relator: Des. Campos Mello, 29 de março de 2012b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RJZ00UBYX0000>. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. Tribunal de Justiça (4. Vara Cível). *Apelação Cível 1003521-67.2016.8.26.0068*. Direito do consumidor – contratos de consumo – transporte aéreo. Apelante: Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A. Apelado: Lumachelle Laiz Shunke. Relator: Des. Thiago de Siqueira, 18 de abril de 2017b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=9BA6949842BE20DCC58F26C1DD765323.cposg10?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificacao=1003521-67.2016&foroNumeroUnificado=0068&dePesquisaNuUnificado=10-03521-67.2016.8.26.0068&dePesquisa=&uuidCaptcha=>. Acesso em: 3 dez. 2018.

SOBRE a repercussão geral. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, DF, 4 set. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em: 5 dez. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Proposta de decisão do Conselho sobre a aprovação pelas Comunidades Europeias da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], v. 337, p. 225-237, 28 nov. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000PC0446&from=PT>. Acesso em: 6 dez. 2018.

UNITED NATIONS. Commission on International Trade Law. *Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*. Vienna: United Nations, 2009. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Rotterdam-Rules-E.pdf. Acesso em: 6 dez. 2018.

_____. *Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978: (Hamburg Rules)*. [s. l.]: United Nations, 1994. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/aconf89d13_en.pdf. Acesso em: 6 dez. 2018.

UNITED STATES. *Harter Act 1893*. Act of February 13, 1893, Chap. 105, 27 Stat. 445-46, 46 US. Code Appendix 190-196. [S. l.: s. n.], 1893. Disponível em: http://www.trans-form-conseil.com/wp-content/uploads/2015/09/Harter_Act-1893.pdf. Acesso em: 7 dez. 2018.

Para além de números

Uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura

THARUELL LIMA KAHWAGE

FABIANA CRISTINA SEVERI

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discutir os estudos sobre a feminização das profissões jurídicas, com foco na carreira da magistratura, com base na análise dos argumentos frequentemente utilizados para compreender a persistência de desigualdades de gênero, em articulação com raça/etnia, na composição dos quadros profissionais do Poder Judiciário. Analisamos a produção acadêmica dos últimos vinte anos referentes à presença de mulheres na magistratura do Brasil e em outros países do Hemisfério Norte e da América Latina. Esperamos que este artigo possa contribuir para o aprofundamento das análises sobre o tema e para as agendas voltadas à democratização do sistema de justiça no Brasil.

Palavras-chave: Feminização da magistratura. Democratização do sistema de justiça. Direitos humanos de mulheres. Discriminação de gênero. Discriminação racial.

Beyond numbers: an analysis of studies on the feminization of the magistracy

Abstract: This article aims to discuss the feminization of the legal professions, focusing on the career of the judiciary, from the analysis of the arguments that are often used to understand the persistence of gender inequalities, in articulation with race/ethnicity, in the composition of professionals of the Judiciary. We analyzed the academic production of the last 20 years regarding the presence of women in the Brazilian judiciary and in other countries in the North and Latin America. We hope that this article can contribute to the deepening of the analysis on the subject in Brazil and to the agendas dedicated to the democratization of the justice system.

Recebido em 24/1/19
Aprovado em 21/3/19

Keywords: Feminization of the judiciary. Democratization of the justice system. Women's rights. Gender discrimination. Racial discrimination.

1 Introdução

As abordagens da feminização das profissões jurídicas começaram a ser feitas por estudiosas norte-americanas e europeias na década de 1980, voltando-se à compreensão do aumento da participação das mulheres na carreira e dos impactos desse aumento para a profissão e para o Direito. Na América Latina, a discussão tem ganhado destaque, desde a década de 1990, com o aumento do número de mulheres no ensino superior e com o processo de profissionalização do ingresso nas carreiras públicas do sistema de justiça, sobretudo por meio da instituição de concursos públicos (MENKEL-MEADOW, 2013; KAY; GORMAN, 2008; SCHULTZ; SHAW, 2003; BONELLI, 2010, 2013, 2016; SEVERI, 2016; BERGALLO, 2007; GASTIAZORO, 2008, 2010, 2016).

Segundo Menkel-Meadow (2013), a expressão “feminização” tem várias acepções. Considerar a profissão “feminizada” pode significar, além da maior participação de mulheres, a atribuição e a absorção de qualidades “femininas” à profissão, o que resultaria num desempenho diferenciado de tarefas e de funções legais. Por outro lado, uma profissão “feminizada” pode compreender também mudanças na prática jurídica decorrentes das adaptações relativas a trabalho e família, bem como no direito substantivo, abarcando problemas de discriminações nas contratações, por exemplo.

As pesquisas sobre a feminização da profissão jurídica vão, portanto, além da análise quantitativa da composição de gênero nas carreiras, pois não é a simples contagem dos números que interessa, mas o que eles podem significar. Elas têm buscado compreender, por exemplo: a) de que maneira tem ocorrido a participação das mulheres na organização das carreiras jurídicas, levando em consideração que estamos diante de uma profissão que foi consolidada, hegemonicamente, a partir de uma perspectiva masculina¹ e b) qual o impacto da feminização para a profissão e para o Direito, em especial, do ponto de vista dos processos deliberativos judiciais².

Para os fins aqui propostos, enfocaremos as abordagens que enfatizam o primeiro ponto, referente ao ingresso e à participação/posição de mulheres na carreira profissional, pois a literatura analisada tem enfatizado que esse aumento não tem sido linear temporalmente, tampouco se tem demonstrado homogêneo em termos de funções, de áreas de atuação ou

¹ Ver, por exemplo, os estudos de Barbalho (2008); Anleu e Mack (2015); Gastiazoro (2008, 2010, 2013, 2016); Rueda Romero (2009); Flores Sánchez (2012); Wilder (2007); Bergallo (2007); Azmat e Ferrer (2016); Bonelli (2010, 2013); Sommerlad, Webley, Duff, Muzio e Tomlinson (2010); Fragale Filho, Moreira e Sciammarella (2015); Bolton e Muzio (2007).

² Ver, por exemplo, os estudos de Duarte, Fernando, Gomes e Oliveira (2014); Gastron (2009); Rackley (2013).

de cargos. Trata-se de aumento que convive com diversas barreiras e discriminações que impedem o desenvolvimento profissional das mulheres e resultam em relações assimétricas, desiguais e hierarquizadas no interior das profissões³.

Menkel-Meadow⁴ (2013), por exemplo, identificou que, embora cada um dos dezesseis países por ela investigados tenha uma forma particular de prática e de organização jurídica, em todos as mulheres ocupam escalões inferiores e estão desproporcionalmente localizadas em diferentes esferas da profissão, seja por estarem impedidas de ocupar altos cargos, seja porque os estereótipos atribuídos às mulheres no exercício de tais atividades acabam por relegá-las a determinadas tarefas ou posições. É o que a autora nomeia de efeito “puxa-empurra”: as mulheres são “puxadas” para atividades em que são consideradas boas – aquelas associadas a valores e relações domésticas – e “empurradas” (ou mantidas) para fora das funções de alta posição ou destaque.

Em igual sentido, o estudo comparativo realizado por Schultz e Shaw (2003) acerca das carreiras jurídicas em diferentes culturas jurídicas (*civil law* e *common law*) aponta para desigualdades comuns entre os países pesquisados: a existência de segregação vertical, de segregação horizontal, de diferenças salariais em trabalhos equivalentes e de sobrecarga imposta às mulheres pela vida doméstica e familiar. Além disso, é comum que as mulheres acabem migrando para cargos na administração judicial, em virtude da possibilidade de conciliação da vida doméstica e familiar.

Esse cenário também é comum entre países latino-americanos, mesmo considerando dis-

paridades nas culturas jurídico-nacionais entre eles. O informe *Iguales en Méritos, Desiguales en Oportunidades* (COLOMBIA, 2007) traz dados sobre a situação e a posição das mulheres na administração de justiça⁵ na Argentina, Bolívia, Colômbia, Chile, Equador e Peru. Ele aponta para duas tendências comuns entre os países pesquisados: o aumento do número de mulheres no sistema de administração de justiça, com suas alocações em áreas temáticas específicas, e a sub-representação nas altas hierarquias dos sistemas de administração de justiça.

As pesquisas que buscam articular gênero com outros marcadores sociais de diferença, como raça e etnia, sugerem que a situação das mulheres negras é ainda mais complexa, já que elas sofrem os efeitos do sexismo imbricados com os do racismo nas profissões jurídicas⁶. De acordo com Sommerlad, Webley, Duff, Muzio e Tomlinson (2010), embora tenha havido alguns avanços significativos quanto à diversificação das carreiras nas últimas décadas, a profissão jurídica permanece masculina em termos de padrões de trabalho, cultura geral e, além disso, caracterizada por discriminações contra profissionais não brancos e os provenientes de grupos socioeconômicos mais baixos.

Nossa proposta, portanto, é sistematizar os estudos sobre a feminização das profissões jurídicas, dando ênfase aos trabalhos sobre a carreira da magistratura e buscando organizar os dados e argumentos presentes em tais estudos relativos a dois eixos de problemáticas: as principais desigualdades de gênero identificadas especialmente na magistratura e as barreiras estruturais e simbólico-culturais que interferem

³ Ver, por exemplo, os estudos de Schultz e Shaw (2003); Gastiazoro (2010); Gómez-Bahillo, Elboj-Saso e Marcén-Muñío (2016); Anleu (1992); Menkel-Meadow (2013); Severi (2016); Flores Sánchez (2012); Rueda Romero (2009); Gaston (2009).

⁴ Os dados da pesquisa dizem respeito aos seguintes países: Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, Escócia, Nova Zelândia, Bélgica, Alemanha, Noruega, França, Itália, Espanha, Iugoslávia, Brasil, Venezuela, Japão e Índia.

⁵ Abarcam-se aqui juízes, juízas e fiscais (semelhante a membros do Ministério Público).

⁶ Ver, por exemplo, estudos de Neallani (1992); Pratt (2012); Tomlinson, Muzio, Sommerlad, Webley e Duff (2013); Beiner (2008); Alleyne (2011); American Bar Association (2006); Platero (2013); Reddick, Nelson e Caufield (2009).

no desenvolvimento profissional de mulheres e geram desigualdades de gênero nas carreiras. Nos dois casos, enfatizaremos estudos que articulam gênero e raça/etnia nas suas análises.

Ainda que nosso foco neste artigo seja a magistratura, entendemos ser relevante considerar também alguns dados sobre as desigualdades de gênero e raça na advocacia, seja porque esta costuma ser a “porta de entrada” para a magistratura, seja porque parte dos estudos revisados busca analisar as barreiras em ambas as profissões de modo articulado.

2 Aspectos metodológicos

Para o levantamento da produção acadêmica analisada, utilizamos as bases de dados Portal Capes, Scielo, Google Acadêmico e HeinOnline. Buscamos inicialmente as produções brasileiras sobre mulheres na profissão jurídica e sobre feminização da profissão jurídica. Refizemos a busca nas mesmas bases com os mesmos termos em língua inglesa e espanhola, a fim de identificar as pesquisas realizadas em outros países. Encontramos um número expressivo de estudos norte-americanos, australianos, ingleses e franceses.

O material do primeiro grupo foi incluído integralmente em nossa análise. Por sua vez, o do segundo grupo foi filtrado, buscando-se considerar o ano de publicação não inferior a vinte anos, a escrita em língua inglesa ou espanhola e a relevância para o campo temático em questão. Combinamos a busca acima descrita com a técnica *snowball* (em português, “bola de neve”) para a identificação de outras referências nos próprios textos previamente selecionados. Organizamos os argumentos presentes em tais estudos por meio de categorias que viabilizassem a apresentação de um panorama consistente e compreensível acerca da temática da feminização das profissões jurídicas para o público brasileiro, capaz de subsidiar outras pesquisas no campo do Direito.

3 Desigualdades na magistratura: segregação horizontal, segregação vertical e concentração em cargos

Os estudos sobre mulheres na profissão jurídica apontam para a existência de desigualdades de gênero comuns nas carreiras jurídicas, independente da cultura jurídica analisada. Salientaremos três formas de desigualdade na magistratura, encontradas em diversos países já estudados: a segregação horizontal, a segregação vertical e a concentração de mulheres em determinados cargos.

A segregação horizontal relaciona-se à área de especialização e atuação na profissão jurídica e deriva, principalmente, de estereótipos de gênero que delimitam o que deve ou não ser exercido por homens e mulheres no âmbito da profissão jurídica. Essa delimitação não é apenas funcional: acarreta desvantagens econômicas ao compelir mulheres a trabalharem em áreas de especialização menos rentáveis e de menor prestígio. O impedimento de acesso a determinadas áreas ou postos no ambiente de trabalho, e consequente sujeição à atuação em determinados ramos, é denominado por alguns autores de “parede de cristal” (BARBERÁ RIBERA; ESTELLÉS MIGUEL; DEMA PÉREZ, 2009).

A segregação vertical caracteriza-se pela sub-representação de mulheres em cargos de maior responsabilidade: chefias, presidências, coordenação, gestão etc. Embora tenham alcançado níveis de qualificação similares aos dos homens – inclusive, superando-os em muitos casos –, as mulheres ainda enfrentam dificuldades para desenvolver carreiras profissionais que conduzam a postos de alta hierarquia em comparação aos seus colegas de trabalho. Assim, quanto maior o posto, maior é a desigualdade entre os gêneros. É comum encontrarmos na literatura sobre a sociologia das profissões o termo “teto de vidro” (GÓMEZ-BAHILLO; ELBOJ-SASO; MARCÉN-MUÑO, 2016; BERGALLO, 2007; BARBALHO, 2008; BONELLI, 2016; AGUT NIETO; MARTÍN HERNÁNDEZ, 2007; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2004) para fazer referência às barreiras sutis e imperceptíveis, mas suficientemente sólidas que impedem a ascensão profissional e obstam as oportunidades nas carreiras de mulheres⁷. Normalmente, o “teto de vidro” vem acompanhado da “parede de cristal”, gerando simultaneamente segregações horizontais e verticais.

⁷ Em inglês, o termo é *glass ceiling*.

A concentração de mulheres em cargos públicos da administração de justiça é mais uma forma de desigualdade dentro da profissão jurídica e decorre principalmente da necessidade de harmonização entre a carreira e a vida doméstica e familiar. Nesse sentido, segundo Bergallo (2007), os conflitos entre trabalho e família têm três aspectos principais: problemas de tempo, problemas de horários e a interferência das demandas do trabalho em casa ou a presença de demandas familiares no trabalho. Tais fatores fazem com que as mulheres optem por cargos com jornadas mais flexíveis e que lhes garantam estabilidade familiar.

Na Argentina, a proporção de mulheres trabalhando no campo público era de 20% em 1995, passando para 46,2% em 2003. Essa migração, de acordo com Gastiazoro (2008), tem-se dado em virtude da possibilidade de conciliar mais facilmente carreiras públicas com responsabilidades familiares e das práticas discriminatórias próprias de grandes escritórios. No Brasil, o Judiciário também parece oferecer maiores oportunidades de harmonizar atividades domésticas e profissionais, uma característica que atrai as mulheres muito mais do que os homens. De acordo com Junqueira (2003), apesar das queixas relativas ao volume de trabalho, as mulheres por ela entrevistadas reconhecem que o Judiciário lhes permite um horário flexível para conciliar seus deveres profissionais com os seus papéis de mães, esposas e donas de casa. Seria possível, por exemplo, trabalhar em casos e decisões mais complexas em casa e ir aos seus gabinetes apenas algumas vezes na semana.

Argumentos semelhantes também foram apontados na pesquisa de Schultz (2003), na Alemanha. Para a autora, o sistema judiciário oferece melhores condições de trabalho para as mulheres, especialmente aquelas que querem conciliar família e trabalho: renda com base numa escala de salários fixa, carga de trabalho

definida, licença-maternidade etc. Além disso, os vários outros benefícios da função pública são bastante atrativos para as mulheres, tais como planos de pensões e de seguro de saúde, seis semanas de férias anuais, regulamentos que abrangem substituições etc.

Apesar da persistência das desigualdades em termos de gênero e raça na composição da magistratura, a presença das mulheres nas carreiras jurídicas – algo que por si só é uma novidade na cultura jurídica de diversos países – tem sido objeto de análises em estudos organizados sob o eixo da feminização das profissões jurídicas.

Um aspecto importante a ser considerado na análise da chegada das mulheres à magistratura em diversos países é o tipo de cultura jurídica nacional: se *civil law* ou *common law*. Para Schultz e Shaw (2003), tal divisão de jurisdição é considerada um dos fatores⁸ que afetaram o ingresso de mulheres no Judiciário de modo diferenciado em cada país, uma vez que o processo de seleção judicial em países de *common law* é diferente do que ocorre nos de tradição civilista.

Nos países de *civil law*, a magistratura é uma carreira cujo acesso se dá por meio de certames e análises de currículo acadêmico, o que tem facilitado o ingresso de mulheres em tais cargos. Todavia, nos países de jurisdição *common law*, a magistratura apenas é alcançada após longa trajetória profissional, por meio de procedimentos de nomeação judicial pouco transparentes e sem critérios bem definidos, razão pela qual, em tais países, a entrada de mulheres na magistratura foi menor. Para Schultz e Shaw (2003, p. xlvii,

⁸De acordo com as autoras: “Três principais fatores são mostrados para cortar e desfocar os limites de qualquer classificação comparativa direta das mulheres nas festas legais do mundo. Estes são: a existência de duas tradições e culturas jurídicas muito diferentes; características nacionais na organização e estrutura dos vários ramos da profissão jurídica e línguas nacionais e seus conceitos e terminologia jurídicos específicos” (SCHULTZ; SHAW, 2003, p. xxviii, tradução nossa).

tradução nossa), “os processos de seleção judicial nestes países se baseiam em uma forma de autor-reprodução de membros homens, cujo sistema continua a contar com a proteção destinada a manter a homogeneidade do grupo”. Em igual sentido, Anleu e Mack (2015) afirmam que a convergência entre barreiras e o processo secreto de nomeação de magistrados, específicos do *common law*, têm resultado numa magistratura essencialmente masculina.

Sollars (2010) sustenta que, nos Estados Unidos⁹ (país de tradição *common law*), o funcionamento dos processos de indicação judicial ocorre conforme o disposto na Constituição, na qual consta que o presidente nomeará, juntamente com o Conselho e com o consentimento do Senado, os juizes da Suprema Corte e todos os outros oficiais dos Estados Unidos. A autora relata que pessoas candidatas à vaga na magistratura são recomendadas por membros do Congresso e, em seguida, após a elaboração de uma lista com os nomes, o Comitê Judiciário do Senado solicita que elas preencham um questionário sobre suas experiências anteriores. Nessa fase, “os senadores do estado natal do candidato são contatados para dar-lhes a oportunidade de participar do processo judicial” (SOLLARS, 2010, p. 1.741, tradução nossa), o que assegura que os senadores ofereçam apoio a candida-

⁹Na Austrália, o sistema de indicação judicial é semelhante. De acordo com Cooney (1993-1994), as nomeações são realizadas pelo governador-geral mediante recomendação do Conselho Executivo Federal. No entanto, existem poucas orientações na legislação do país acerca das qualificações necessárias para ocupar o cargo: além de estar dentro de uma idade limite especificada, os candidatos e candidatas devem ter um número mínimo de anos de prática advocatícia. Em virtude da generalidade da legislação acerca das qualificações para ocupar o cargo, o Poder Executivo acaba detendo amplo poder discricionário para determinar os critérios da seleção judicial e as qualidades do candidato. As nomeações costumam basear-se no mérito das candidatas e candidatos; mas, por se tratar de um critério indeterminado de seleção, outros fatores são levados em consideração nos processos de nomeação judicial, como contatos pessoais e adequação ao “padrão” da carreira. Em geral, os homens acabam escolhendo outros homens.

tos de seu interesse ou oposição. Em seguida, é realizada uma audiência na qual o candidato responde a perguntas formuladas pelos membros do Comitê. Por fim, é feita a nomeação do candidato para consideração do presidente.

Analisando a segregação vertical na composição da magistratura de diversos países, as mulheres são a minoria em órgãos judiciais superiores¹⁰. No Brasil¹¹, as pesquisas de Severi (2016) e Fragale Filho, Moreira e Sciammarella (2015) são importantes fontes de dados sobre a composição por gênero da magistratura, ao lado do Censo da Magistratura realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BRASIL, 2014).

O cenário de sub-representação na alta cúpula se repete em países como França (BOIGEOL, 2003), Espanha (GÓMEZ-BAHILLO; ELBOJ-SASO; MARCÉN-MUÑO, 2016) e México (FLORES SÁNCHEZ, 2012). Na França, quanto maior o nível hierárquico no Judiciário, menor é o número de mulheres nesses cargos. Nos tribunais de nível médio da França, 51% dos juízes elegíveis para se tornarem presidentes dos tribunais são mulheres, mas apenas 17% das presidências são ocupadas por mulheres (BOIGEOL, 2003, p. 411-412). Na Espanha, as mulheres também são minoria nos órgãos judiciais superiores, concentrando-se em tribunais inferiores, em geral aqueles que ocupam desde o início da carreira judicial (GÓMEZ-BAHILLO;

ELBOJ-SASO; MARCÉN-MUÑO, 2016). No México, a composição da Suprema Corte de Justiça e do Conselho da Judicatura Federal é predominantemente feminina, já que 50% estava concentrada em áreas jurisdicionais e não administrativas. Entretanto, há uma desproporção entre homens e mulheres nos cargos de juiz distrital e magistrado de circuito: no primeiro cargo, a composição masculina foi de 76%, e, no segundo, 82%, o que expressa maior hierarquia e maior concentração de homens em tais postos (FLORES SÁNCHEZ, 2012).

No Brasil, país de tradição civilista, a seleção judicial é realizada mediante concursos públicos, nos termos do que dispõe a Resolução nº 75/2009 do CNJ (BRASIL, 2009), que estabelece regras para o ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. As pessoas aprovadas nos concursos públicos iniciam a carreira na condição de substitutas e a promoção às entrâncias intermediária e final é realizada com base nos critérios de antiguidade e merecimento, previstos no art. 80 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979) (BRASIL, [1993]) e no art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017]). Tais critérios são também utilizados pelos tribunais de justiça estaduais para a ascensão ao desembargo¹².

É possível que nos critérios de ingresso e promoção da carreira estejam presentes espaços de discricionariedade que causam desigualdades entre os gêneros no interior da carreira e na composição de gênero dos tribunais de justiça no País. Como cada um deles estabelece suas próprias regras de provimento de cargos, há a possibilidade de que, no momento de aplicação

¹⁰ Ver, por exemplo, estudos de Colombia (2007); Fragale Filho, Moreira e Sciammarella (2015); Gómez-Bahillo, Elboj-Saso e Marcén-Muño (2016) Severi (2016); Rueda Romero (2009); Gastiazoro (2013); Duarte, Fernando, Gomes e Oliveira (2014); Flores Sánchez (2012); Schultz e Shaw (2003); Bergallo (2007).

¹¹ Segundo dados do CNJ (BRASIL, 2014), 82% dos ministros dos tribunais superiores são homens, contra 18% de mulheres. Em consonância com esse dado, Fragale Filho, Moreira e Sciammarella (2015) constataram que, de 180 cargos de direção nos tribunais brasileiros (direção, presidência, vice-presidência e corregedoria), apenas 53 foram ocupados por mulheres no primeiro biênio pesquisado (29,44%). No segundo biênio, esse número caiu para 51 (28,33%).

¹² Sobre os critérios para a aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos tribunais de segundo grau aplica-se a Resolução nº 106/2010 do CNJ (BRASIL, 2010).

dos referidos critérios, mecanismos sutis e semelhantes aos utilizados nas seleções judiciais em países de *common law* estejam sendo empregados para prevenir a ascensão de mulheres ao desembargo (SEVERI, 2016).

Apesar das pequenas diferenças em cada tipo de tradição, a carreira das mulheres tende a estagnar-se nos escalões inferiores da magistratura – elas permanecem, em geral, nas primeiras instâncias (segregação vertical). Mesmo com processos de seleção judicial totalmente diferentes, os baixos percentuais de mulheres que ascendem na carreira sugerem a existência de espaços de discricionariedade que possibilitam que os homens se perpetuem em cargos mais altos e impeçam as mulheres de alcançar tais posições. De acordo com Schultz e Shaw (2003, p. xlvii, tradução nossa), “em termos funcionais, portanto, o perfil de gênero no sistema judiciário não é diferente da advocacia, ou seja, as questões importantes de ambas as profissões, caracterizadas por um alto grau de visibilidade e impacto no mundo todo, permaneceram em mãos masculinas”.

Além da segregação vertical, a magistratura convive com a segregação horizontal, que consiste na concentração de mulheres em ramos considerados “adequados” ao gênero, isto é, Direito de Família, Infância e Juventude etc. Nesse sentido, o informe *Iguales en Méritos, Desiguales en Oportunidades: Acceso de Mujeres a los Sistemas de Administración de Justicia* (COLOMBIA, 2007) traz um interessante exemplo de como os estereótipos de gênero determinam papéis específicos para homens e mulheres na magistratura. Juízes, juízas e fiscais (ocupação similar à de membros do Ministério Público) dos seis países consultados responderam à pergunta “em quais áreas as mulheres têm melhor desempenho?”. Entre os homens, 53% afirmaram que as mulheres atuam melhor em matéria de Direito de Família. Em relação às mulheres, as respostas

mais comuns foram Direito de Família (47%), nenhuma em particular (46%) e Direito Civil (42%). Quando questionados acerca dos ramos em que homens apresentam melhor desempenho, o resultado foi similar: 50% dos homens e 53% das mulheres responderam Direito Penal.

De forma semelhante, Duarte, Fernando, Gomes e Oliveira (2014) procederam a uma pesquisa telefônica com parcela representativa da população de Portugal, com o objetivo de analisar de que forma o gênero dos juízes impacta positiva ou negativamente na confiança pública na administração da justiça. Ao serem interrogados sobre os ramos em que as magistradas têm mais habilidade, 56% dos entrevistados concordaram com a assertiva “mulheres possuem mais habilidade em casos relacionados à família e crianças”.

4 Barreiras e obstáculos ao desenvolvimento da carreira

A explicação sobre a persistência das desigualdades entre mulheres e homens nas relações laborais é complexa, uma vez que as práticas discriminatórias (barreiras/obstáculos às carreiras) resultam de múltiplos mecanismos difíceis de analisar e demonstrar (BARBERÁ RIBERA; ESTELLÉS MIGUEL; DEMA PÉREZ, 2009). Nesse sentido, Gómez-Bahillo, Elboj-Saso e Marcén-Muñío (2016) propõem uma classificação das barreiras simbólico-culturais¹³ que

¹³ Na literatura analisada, percebemos que não há consenso em relação à classificação das barreiras que obstam a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres. Por exemplo, Bolton e Muzio (2007) classificam-nas em estratificação, segmentação e sedimentação ocupacional. Agut Nieto e Martín Hernández (2007), por sua vez, classificam apenas em barreiras externas e internas. Já Barberá Ribera, Stells Miguel e Dema Pérez (2009) propõem uma classificação em barreiras externas relativas a fatores socioculturais e organizacionais, barreiras internas associadas à identidade de gênero feminina e barreiras interativas provocadas pelo papel reprodutivo e pelas responsabilidades familiares.

dificultam o ingresso e o desenvolvimento das carreiras de mulheres em ao menos três tipos: barreiras internas relacionadas à identidade social de gênero, barreiras externas vinculadas à cultura organizacional e barreiras referentes à existência de papéis de gênero ou derivadas do papel familiar.

As barreiras internas relacionadas à identidade social de gênero dizem respeito à socialização diferenciada de gênero, mediante a criação de expectativas e atitudes diferentes e discriminatórias para com as mulheres. As barreiras externas vinculadas à cultura organizacional promovem distinções de cargos, desempenho e atividades para homens e mulheres, uma vez que as organizações de trabalho são dominadas por valores androcêntricos. As barreiras derivadas do papel familiar, por sua vez, associam-se às responsabilidades domésticas e à necessidade de constantemente compatibilizar o cuidado da família e da casa com o trabalho.

Na revisão bibliográfica sobre os fatores que obstam o acesso de mulheres a maiores postos de trabalho, Agut Nieto e Martín Hernández (2007) propõem outras barreiras, além das sistematizadas por Gómez-Bahillo, Elboj-Saso e Marcén-Muñío (2016), que merecem destaque: barreiras internas referentes à esfera subjetiva da mulher e que dizem respeito à baixa autoeficácia em questões tradicionalmente masculinas e formação em áreas tradicionalmente femininas.

Com base na classificação proposta por Gómez-Bahillo, Elboj-Saso e Marcén-Muñío (2016) e Agut Nieto e Martín Hernández (2007), apresentamos alguns dos obstáculos que se mostram mais recorrentes na revisão bibliográfica: estereótipos de gênero e raça, a existência de uma cultura profissional masculina e branca, a dificuldade de compartilhar responsabilidades domésticas e o cuidado com os filhos e a baixa autoeficácia em questões tradicionalmente masculinas.

É importante destacar que, juntamente à literatura analisada sobre desigualdades de gênero, fizemos buscas por desigualdades de raça/etnia na profissão jurídica. Diferentemente dos estudos que afirmam existir discriminação de gênero na profissão – inúmeros e de fácil acesso –, a literatura que analisa os efeitos do racismo e do sexismo na profissão jurídica é mínima e, em sua grande maioria, proveniente dos Estados Unidos e centrada, sobretudo, na advocacia. Essa limitação de estatísticas e experiências disponíveis sobre a composição racial e a prática da profissão sugere que as mulheres brancas *mainstream*¹⁴ – isto é, mulheres brancas de classe média, heterossexuais e sem deficiências – continuam sendo o parâmetro universal de experiência de mulheres.

Collins (2015) afirma que a negação da realidade de experiências é uma maneira de desumanizar pessoas ou grupos – neste caso, as mulhe-

¹⁴ *White women mainstream* é a expressão utilizada por Neallani (1992).

res negras. No mesmo sentido, Flauzina e Freitas (2015, p. 7) asseveram que a carência de dados sobre raça na magistratura é também um dado que aponta para “o abafamento de vozes negras” e para a manutenção da invisibilização de quaisquer narrativas e existências que não reflitam os espaços de violência e subordinação que lhes sejam designados. Se, por um lado, não faltam estatísticas sobre o encarceramento de negros e a violência contra eles, por outro, suas vozes e existências parecem não ressoar em outras áreas que não estejam relacionadas a tais espaços de subordinação e exclusão.

As principais *barreiras internas* às mulheres nas carreiras analisadas derivam dos estereótipos de gênero e raça. Cook e Cusack (2010) definem os estereótipos de gênero como construções sociais e culturais baseadas nas diferenças biológicas, físicas, sexuais e sociais entre homens e mulheres que sustentam práticas sociais de gênero. Eles se baseiam em diferenças biológicas e consideram características como a possibilidade de gravidez e os hormônios femininos como impedimentos ou deméritos para que as mulheres possam exercer algumas funções. A possibilidade de gravidez, por exemplo, é vista, na profissão jurídica, como um problema para mulheres, uma vez que há o pressuposto de que as mulheres com filhos não são tão comprometidas com a vida profissional.

Por estarmos diante de uma profissão historicamente ocupada e moldada por homens, é comum que nosso imaginário social esteja permeado de estereótipos acerca dos atributos necessários para o exercício de carreiras jurídicas, como a objetividade, força, racionalidade e competitividade, características consideradas masculinas. Como são normalmente associadas à emotividade, passividade, cuidado e maternidade, as mulheres tornam-se incompatíveis, por exemplo, com altos cargos e áreas de maior prestígio no Direito. Essa divisão de papéis de gênero a um só tempo delimita um perfil para homens e mulheres e valoriza as características tidas como masculinas, tornando-as um padrão a ser seguido na profissão e, conseqüentemente, desprezando o que é considerado feminino.

Os estereótipos de gênero em cargos da administração da justiça são bastante comuns, e a valoração social negativa de algumas características de mulheres e a associação entre objetividade da justiça e as características atribuídas aos homens são bastante frequentes (COLOMBIA, 2007). Então, para terem espaço na profissão jurídica, as mulheres precisam demonstrar uma subjetividade que seja suficientemente aceitável na/para a profissão jurídica. Isso significa, num primeiro momento, dissociar-se de quaisquer características que sejam femininas, pois os estereótipos do gênero feminino são incompatíveis com a profissão. No entanto, ao tentarem assimilar um comportamento masculinizado, reputam que as mulheres estão agindo de forma inapropriada para uma mulher.

Se, por um lado, as mulheres se sentem compelidas a esconder seu próprio gênero e a se conformarem ao padrão de masculinidade exigido – do contrário, correm o risco de serem marginalizadas na carreira –, por outro, aquelas que visam a tal conformação podem ser acusadas de serem muito masculinas e difíceis, sendo penalizadas por tal comportamento (SCHULTZ; SHAW, 2003). Como resultado, as mulheres estão sempre sob a linha tênue entre o *não muito femininas, mas também não muito masculinas*. Sobre esse ponto, Rhode (2003) pontua a ironia no fato de que, por muitos anos, as mulheres terem sido excluídas da profissão jurídica sob o pressuposto de serem diferentes. Uma vez admitidas, pressupõe-se que elas são (e devem ser) iguais aos homens a fim de se acomodarem em estruturas estabelecidas que não mudaram o suficiente para acomodá-las.

Além de não receberem a mesma presunção de competência que as suas contrapartes masculinas, as mulheres são mais exigidas do que seus colegas de profissão no que diz respeito a currículo acadêmico e a desempenho: mesmo em situações em que o desempenho masculino e feminino é objetivamente igual, é comum que das mulheres sejam requisitados padrões mais elevados e que a sua competência seja vista como inferior (RHODE, 2001; KAY; GORMAN, 2008).

Uma forma comum de discriminação de mulheres na profissão jurídica e que afeta sua credibilidade perante outros profissionais são as chamadas “microdiscriminações”¹⁵ (RIGER; FORSTER-FISHMAN; NELSON-KUNA; CURRAN, 1995, p. 479). O termo “microdiscriminações” relaciona-se a diversas atitudes sutis que promovem um clima de trabalho adverso às mulheres e que, na prática jurídica, podem variar entre ser chamada de “querida” ou “meu anjo” por um juiz, ao passo que os advogados são cha-

mados por seus nomes ou “doutor”; comentários depreciativos sobre a aparência de advogadas, ou observações sobre o peso ou a aparência de uma funcionária do tribunal. Embora tais ações possam parecer banais à primeira vista, elas configuram um padrão de discriminação que desestabiliza a autoridade e a confiança das mulheres no exercício da profissão.

Achados semelhantes são apontados por Halilović e Huhtanen (2014), em estudo realizado sobre a maneira como o gênero impacta no trabalho exercido pelos profissionais do sistema de justiça da Bósnia e Herzegovina. Os profissionais jurídicos no país são formalmente tratados apenas pelo título ou pelo título e sobrenome. Os juízes são tratados como “excelência” e os advogados como “advogado” ou “promotor”. Apesar disso, é comum uma profissional ter sido chamada por algo diferente de seu nome ou título, incluindo diminutivos e tratamentos carinhosos como “querida”, “docinho” e “garota”¹⁶. Para as autoras, o uso dessas expressões é uma maneira de questionar a credibilidade profissional, uma vez que os títulos oficiais/profissionais servem justamente para conferir credibilidade ou autoridade, e os termos familiares, carinhosos ou diminutivos denotam uma posição de subordinação. Essa prática afeta a autoestima das mulheres, além de abrir espaço para que sua autoridade seja questionada.

Além dos estereótipos de gênero que recaem sobre mulheres na profissão jurídica, devemos levar em consideração a forma como raça/etnia e gênero se interseccionam, determinando barreiras enfrentadas por mulheres de cor¹⁷. Embora possamos afirmar que “existem padrões comuns de gênero que unificam as mulheres advogadas em sua luta pelo progresso profissional, nem to-

¹⁶No original: *honey, sweetie e girl*.

¹⁷A expressão “mulheres de cor” é uma tradução da expressão *women of color* utilizada por alguns autores norte-americanos e que inclui todas as mulheres não brancas.

¹⁵No original, a expressão utilizada é *microinequalities*.

das as mulheres realizam ou vivenciam o gênero da mesma maneira” (PRATT, 2012, p. 1.779, tradução nossa). Nesse sentido, as mulheres de cor enfrentam estereótipos específicos e oriundos da articulação entre gênero e raça.

Uma das pesquisas que buscam examinar a experiência de advogadas¹⁸ negras e argumentar que esse grupo de mulheres enfrenta desafios únicos que surgem da interseção de sua raça e gênero é o trabalho de Pratt (2012). Para a autora, cada grupo racial tem, além de uma história única que o localiza dentro do Direito, “um conjunto único de estereótipos que lhe são atribuídos, o que influencia a forma como os outros veem e interagem com os membros desse grupo em particular” (PRATT, 2012, p. 1.781, tradução nossa).

Segundo Pratt (2012, p. 1.794, tradução nossa), um dos desafios enfrentados por mulheres negras para conseguir avançar na advocacia é a “discriminação inflexível de aparência”, que define a imagem profissional da mulher com base na imagem de mulher branca de corpo esbelto e cabelo liso, limitando a autonomia das identidades profissionais dessas mulheres. Além disso, como a identidade profissional das advogadas negras está sujeita aos estereótipos sobre a feminilidade negra, Pratt (2012) assevera que essas advogadas trabalham constantemente para refutar esses estereótipos enquanto executam seus deveres profissionais. Entre os estereótipos mencionados pela pesquisadora, enfocaremos quatro: *Sapphire*, *Jezebel*, *Mammy* e o estereótipo de que são intelectualmente inferiores.

A primeira dificuldade imposta às advogadas negras é a apresentação e a manutenção da imagem profissional, pois essa exigência é

¹⁸ Como mencionamos anteriormente, em razão da escassez de pesquisas sobre magistradas negras, optamos por trazer estudos sobre advogadas negras. Além disso, entendemos que tais dados sobre a advocacia se revelam importantes também porque a advocacia é comumente considerada a “antessala” da magistratura.

determinante na profissão jurídica. Quando a autora fala em imagem profissional, não se refere apenas à necessidade de vestimentas e comportamento adequado, mas, sobretudo, à *conformação a um estereótipo europeu de beleza*: mulher branca, de corpo esguio, com características faciais europeias e de cabelos lisos retos. Nesse sentido, o cabelo representa o primeiro obstáculo vivenciado por mulheres negras na apresentação e manutenção dessa imagem profissional.

As mulheres negras, de modo geral, são conscientes do preconceito em relação aos seus cabelos naturais e isso significa que, se querem competir no mercado de trabalho, elas não têm outra escolha a não ser se conformarem às expectativas dos empregadores. Na tentativa de conseguir um cabelo liso e “apresentável”, essas mulheres recorrem a químicas para alisá-los ou à utilização de perucas, já que a simples opção pelo cabelo natural pode ser motivo para a recusa de contratação ou até mesmo de rescisão contratual caso tentem usar estilos que demonstrem o cabelo natural¹⁹.

Além da manutenção de uma imagem profissional, a identidade profissional das advogadas negras também é determinada, em parte, pelos estereótipos associados à mulher negra, os quais incluem a dominadora e emasculadora *Sapphire*, também conhecida como a negra forte, chamada de *stereotypical black bitch*; a sexualizada e promíscua *Jezebel*, que se vale de sua habilidade

¹⁹ Pratt (2012, p. 1.783, tradução nossa) explica a importância do cabelo liso no *status* de advogadas negras e o que o cabelo natural representa na profissão: “Os cabelos não alisados ou naturais são vistos, talvez até subconscientemente, como a evidência da incapacidade de uma mulher negra ou de sua falta de vontade de conformar-se a essa profissão conservadora que é o Direito. O cabelo tacitamente sinaliza para os outros que essa mulher realmente não pertence. Além disso, como a aparência influencia as avaliações de competência e o desempenho no trabalho, a incapacidade ou a falta de vontade de conformar a aparência ao ideal profissional pode pôr em causa o julgamento profissional e a competência das mulheres negras que optam por usar o cabelo em seu estado natural”.

sexual para seduzir homens inocentes, em particular homens brancos, numa tentativa de lograr algum benefício; e, por fim, a assexuada, abnegada e maternal *Mammy*.

As mulheres negras, por serem conscientes dos estereótipos em torno de sua identidade racial e de gênero, estão constantemente “performatizando” sua identidade profissional como advogadas, de modo a evitar a confirmação desses estereótipos negativos. Mulheres negras, por exemplo, não podem dar-se o luxo de perder a calma ou mesmo de afirmar suas posições de maneira muito assertiva, uma vez que isso poderia levá-las a serem vistas como *Sapphire*, a mulher negra com raiva (PRATT, 2012). Em outras palavras, “as mulheres negras monitoram e restringem a sua conduta no local de trabalho para não serem vistas através da lente de um estereótipo aplicado à sua identidade racial de gênero” (PRATT, 2012, p. 1.786, tradução nossa).

Para não serem vistas como *Jezebel*, as advogadas devem optar por vestimentas que não acentuem seus corpos. Além disso, tendem a recusar almoços ou outros convites de colegas homens brancos, mas isso acaba se tornando um problema, pois afeta negativamente as oportunidades de ascensão nessa carreira composta, em sua maioria, de homens brancos. As advogadas negras também evitam a imagem de *Jezebel* porque, além de inconsistente com a identidade profissional que querem criar para si mesmas, têm medo de que, ao serem vistas dessa forma, possam estar sujeitas a assédios sexuais no trabalho²⁰ (PRATT, 2012, p. 1.786).

Outro estereótipo mencionado por Pratt (2012), *Mammy*, ocorre dentro da própria casa. Esse estereótipo de “dona de casa” atua para alimentar a expectativa do homem negro de que sua esposa realizará todos os deveres tradicionalmente “femininos” que gerações anteriores fizeram. Assim, mulheres negras, ao fazerem um esforço para não emascular o homem negro, acabam muitas vezes assumindo tanto o papel de geradora de renda quanto o de cuidadora da família (PRATT, 2012, p. 1.787).

O último estereótipo comumente associado às mulheres negras ocorre fora do ambiente de trabalho: o de que são preguiçosas e menos inteligentes. Como as advogadas negras trabalham sob o peso desses estereótipos negativos acerca de sua capacidade, o constante medo de fazer algo que possa confirmar um deles pode debilitar sua atuação profissional. Até mesmo erros comuns, como erros tipográficos em documentos podem ser vistos por advogados superiores como uma confirmação da negligência ou incapacidade das advogadas negras.

²⁰ Para Pratt (2012), essa preocupação não é necessariamente deslocada. Segundo a pesquisadora, psicólogos argumentam que os estereótipos alimentam o assédio sexual. Além disso, os estereótipos raciais e de gênero sobre as mulheres negras podem colocá-las em risco de sofrer assédio sexual e trazer mais resultados negativos associados ao assédio.

As *barreiras profissionais externas* estão associadas à cultura organizacional, predominantemente masculina e branca. Isso pode ser percebido, por exemplo, na duração das jornadas de trabalho, que dificulta a compatibilização da vida laboral (e o desejo de progredir profissionalmente) e pessoal. Agut Nieto e Martín Hernández (2007, p. 206, tradução nossa) definem que conciliar significa “ajustar as necessidades pessoais e profissionais sem que uma exceda a outra, mantendo-as proporcionalmente iguais” – equilíbrio que não existe no contexto jurídico para as mulheres. Essas barreiras, em geral, costumam acometer mais mulheres na advocacia, conforme demonstraremos a seguir.

Para Rhode (2001), nas últimas duas décadas, as exigências relacionadas aos horários aumentaram drasticamente: prazos imprevisíveis, cargas de trabalho irregulares ou viagens frequentes colocam novas dificuldades para aqueles com obrigações familiares, em especial as mulheres. Esse problema agrava-se porque, principalmente na advocacia, a duração da jornada de trabalho é objeto de avaliação do trabalho; ou seja, a quantidade de horas trabalhadas tornou-se medida de aferição de qualidades como comprometimento, ambição e confiabilidade sob pressão.

A avaliação da atuação profissional com base em longas jornadas de trabalho afeta as mulheres de duas formas distintas: a primeira é por meio da avaliação do trabalho contínuo e constante – isto é, a profissional deve estar regularmente “mostrando serviço”; a segunda é a expectativa de que as advogadas estejam disponíveis 24 horas por dia e sete dias por semana, o que dificulta ainda mais a conciliação entre vida pessoal e profissional.

Nesse sentido, Azmat e Ferrer (2016) realizaram uma pesquisa que analisa a diferença de gênero no desempenho de advogados associados nos Estados Unidos. Segundo as autoras, ao contrário de outras profissões altamente qualificadas, a advocacia avalia e remunera o desempenho de seus contratados com base em dois critérios objetivos: i) o número de horas faturadas aos clientes e ii) a quantidade de novas receitas de clientes geradas. As pesquisadoras encontraram evidências de diferença de gênero em relação a ambas as medidas: advogados contabilizam 10% mais horas faturadas e trazem mais de duas vezes a receita de novos clientes do que as advogadas. Um dos fatores que impactaram na diferença de horas faturadas e na receita de novos clientes entre homens e mulheres foi a presença de crianças pequenas (pré-escolares) em casa, uma vez que as mulheres, em geral, são as responsáveis pelo cuidado dos filhos.

Em igual sentido, Kay e Gorman (2008) afirmam que parte do problema em obter equilíbrio profissional e familiar reside no modelo tradicional da advocacia, que avalia o potencial e o comprometimento e remunera seus funcionários com base no tempo dedicado ao trabalho. Em sua revisão bibliográfica sobre artigos acadêmicos envolvendo mulheres na profissão

jurídica, as autoras afirmam que, a despeito dos diversos artigos em revistas de Direito recomendando horários alternativos, jornadas parciais, flexibilidade no cuidado familiar, assistência à família, a criação de padrões de trabalho alternativos para acomodar a vida familiar é, na maioria das vezes, uma questão de negociação individual em vez de política organizacional.

As menores oportunidades de desenvolvimento da carreira são outro problema decorrente da cultura masculina da profissão jurídica. Segundo Agut Nieto e Martín Hernández (2007), o acesso a altos postos depende de uma gama de oportunidades de desenvolvimento na carreira ou de experiências profissionais de preparação para eles. Entretanto, as políticas e a organização estrutural de várias profissões, a exemplo da advocacia, consideram o período compreendido entre os 30 e 40 anos como o mais importante para o desenvolvimento da carreira. Essa é também a fase de maior dedicação à maternidade. Mesmo as mulheres que não são mães acabam sendo vistas como mães em potencial, razão pela qual recebem menos oportunidades para formação profissional e, conseqüentemente, menos chances de progressão na carreira.

A cultura organizacional das profissões jurídicas não é apenas androcêntrica; ela também é branca. De acordo com o relatório elaborado pela *Commission on Women in the Profession* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 2006), enquanto menos de 5% dos homens brancos relataram experiências prejudiciais à carreira em virtude da raça, 29% de mulheres de cor e 25% de homens de cor relataram a perda de tarefas desejadas por causa de raça; 49% de mulheres de cor e 31% de homens de cor relataram a perda de oportunidades de *networking* por causa de raça; 35% de mulheres de cor e 24% de homens de cor relataram a perda de oportunidade de aproximação e desenvolvimento de relações profissionais com clientes por causa de raça;

e 16% de mulheres de cor e 19% de homens de cor relataram a perda de oportunidades de promoção por causa de raça.

A dificuldade de estabelecer relações mais próximas com colegas no trabalho, o recebimento de tarefas indesejadas (e que não auxiliam no desenvolvimento de habilidades profissionais), a falta de mentorias (somada à ausência de identificação com seus mentores) e de *networking*, a ocorrência de comentários depreciativos e vexatórios, a descrença na progressão profissional e o sentimento de invisibilidade e não pertencimento são alguns dos motivos que, segundo o relatório citado, são responsáveis pelas advogadas negras terem os níveis mais baixos de satisfação na carreira e, em muitos casos, culminam em suas demissões (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 2006).

Outra pesquisa que analisa os desafios, os obstáculos e as percepções de mulheres de cor nas carreiras jurídicas é a *The Perspective of Women of Color Attorneys in Corporate Legal Departments* (ALLEYNE, 2011). A pesquisa entrevistou 1.300 advogadas de cor que trabalham em departamentos jurídicos de empresas sobre suas experiências no trabalho. De acordo com o relatório, 59,1% das entrevistadas afirmaram que ser valorizada contribui para uma maior satisfação profissional. Por outro lado, 23,7% afirmaram que o sentimento de desvalorização foi a principal razão para pedir demissão. Além da desvalorização, outros motivos que levam as mulheres de cor à demissão são: a falta de suporte (22,1%), a ausência de mentorias (21,3%), o sentimento de isolamento e marginalização (15,6%) e os estereótipos e a discriminação vivenciada (11,4%), conclusões que corroboram os dados encontrados no primeiro relatório.

Em relação aos estudos brasileiros sobre a situação de mulheres negras na profissão jurídica, a única pesquisa que encontramos foi a de Platero (2013): ela analisa de que forma

as advogadas negras vivenciam o preconceito no trabalho e quais são as estratégias e táticas de enfrentamento utilizadas. Alguns relatos de advogadas negras ilustraram como os obstáculos vivenciados por elas permeiam até mesmo tarefas simples e corriqueiras da advocacia.

Entre as discriminações diárias, as impostas pelos próprios funcionários dos órgãos judiciais são as mais humilhantes. Uma das advogadas entrevistadas declarou que quase sempre que pedia vistas de um processo era confundida com uma das partes e que já ouviu de um servidor “tem que pedir pro seu advogado ver o processo” (PLATERO, 2013, p. 94). Outra entrevistada relatou que, certa vez, fez carga de um processo e, quando estava de saída, uma servidora disse que ela não poderia sair do fórum com ele. Foi preciso que ela se identificasse como advogada para poder sair.

Além de serem confundidas com os litigantes do processo, as entrevistadas relataram dificuldades para entrar no fórum. É de praxe que advogados não precisem apresentar qualquer identificação para ingressar em suas dependências. Todavia, são frequentes os pedidos para que as advogadas negras mostrem sua identidade profissional. A dificuldade de reconhecimento de mulheres negras como advogadas está intimamente ligada aos estereótipos do advogado: homem e branco. Além de ser forma de diminuição profissional, esse tipo de discriminação também atinge a esfera íntima e identitária da mulher negra – isto é, afeta a percepção que a advogada negra tem de si e que está intimamente relacionada à sua identidade social²¹ (PLATERO, 2013).

Em sentido similar, Neallani (1992, p. 158), em seu estudo sobre a exclusão de mulheres de cor na profissão jurídica no Canadá, relata sua própria estratégia de sobrevivência/enfrentamento como mulher negra na profissão jurídica: tornar-se “sem raça”. Para a pesquisadora, a pessoa sem raça desenvolve-se “quando pessoas negras minimizam suas conexões com seu *background* racial/étnico e tentam integrar o grupo dominante” (NEALLANI, 1992, p. 158). Tais indivíduos internalizam atitudes, comportamentos e características que são atribuídos à cultura dominante.

Com esse movimento de “tornar-se sem raça”, Neallani (1992) afirma que aumentam as chances de mulheres negras conseguirem um voto de

²¹ Platero (2013) destaca a existência de técnicas de enfrentamento dessas discriminações, e uma delas é a utilização da profissão como ferramenta para se resguardar. A apresentação de si própria como advogada, além de oferecer segurança, também traz algum conforto e alívio psicológico no enfrentamento de situações discriminatórias e humilhantes: “O que percebemos, até como estratégia de enfrentamento, é que tanto Joana quanto as outras advogadas negras utilizam a própria profissão como uma arma para se resguardar de ataques preconceituosos, isto é, poder apresentar-se como advogada lhes dá segurança frente aos acontecimentos. Joana demonstra certa satisfação ao relatar que, quando precisa mostrar sua carteira da OAB, e após a pessoa confirmar que ela é advogada, ela fica olhando para a outra pessoa com ar de superioridade, isto é, nas palavras de Joana: ‘eu posso’” (PLATERO, 2013, p. 95).

confiança e um melhor tratamento. O sucesso de mulheres negras, segundo a autora, não depende apenas de suas habilidades, mas também “do quão confortável as pessoas se sentem perto de pessoas negras. Embora seja uma forma de diminuição da opressão, a estratégia ‘sem raça’ pode ser vista como um comportamento de acomodação que tem seus próprios custos” (NEALLANI, 1992, p. 159).

A utilização do mecanismo de “tornar-se sem raça” mencionada por Neallani (1992) foi também constatada por Tomlinson, Muzio, Sommerlad, Webley e Duff (2013) no artigo em que exploram as estratégias utilizadas por 68 mulheres brancas, negras e minorias étnicas na profissão jurídica. Entre as estratégias, a assimilação foi a mais utilizada principalmente por minorias étnicas e negros/negras. Segundo as pesquisadoras, as estratégias de assimilação envolvem a “exibição de padrões comportamentais e traços que sinalizaram a conformidade com a cultura dominante branca e masculina” (TOMLINSON; MUZIO; SOMMERLAD; WEBLEY; DUFF, 2013, p. 257). Não parecer “étnico” acaba se tornando um fator importante na profissão jurídica, uma vez que as práticas culturalmente marcadas são muitas vezes consideradas “não refinadas” (TOMLINSON; MUZIO; SOMMERLAD; WEBLEY; DUFF, 2013, p. 257).

As barreiras referentes à existência de papéis de gênero e derivadas do papel familiar envolvem a dificuldade de compartilhar as responsabilidades domésticas e o cuidado com os filhos, o que não é uma particularidade de mulheres que atuam na profissão jurídica. Como as mulheres costumam ser as principais responsáveis pelas duas atividades, mesmo nos casos em que têm ajuda de outras pessoas (empregadas domésticas e avós, por exemplo), a compatibilização das jornadas profissional e pessoal torna-se uma tarefa difícil e permeada de processos de culpabilização²².

A pesquisa desenvolvida por Anleu e Mack (2015) indicou que as áreas em que as mulheres apresentam menor satisfação – em comparação aos homens – são as relacionadas às atividades domésticas. A diferença mais óbvia em relação às experiências de mulheres e homens no judiciário australiano é a quantidade de tempo dedicado às obrigações domésticas, uma vez que as mulheres se ocupam por mais tempo com esse tipo de atividade, o que, conseqüentemente, aumenta o nível de estresse sofrido.

Como a cultura e a organização da profissão jurídica são estruturadas de acordo com os valores e interesses masculinos, as mulheres não conseguem conciliar o tempo despendido no lar com o despendido na profissão, o que as mantém nas instâncias inferiores e em ramos específicos e de menor prestígio. Nesse sentido, “jornadas de trabalho, férias

²² Ver, por exemplo, os estudos de Gastiazoro (2013); Schultz e Shaw (2003); Agut Nieto e Martín Hernández (2007); Azmat e Ferrer (2016); Rhode (2001).

escolares, serviços públicos etc. continuam funcionando sob o pressuposto de que há alguém em casa que cuida das crianças, idosos, enfermos, o que se traduz em uma contínua pressão sobre o tempo das mulheres” (RIBAS BONET, 2014, p. [16], tradução nossa).

Por fim, a *baixa autoeficácia* atua como barreira para o ingresso e permanência das mulheres nas carreiras jurídicas analisadas. O termo diz respeito às crenças pessoais de mulheres em relação à própria capacidade para organizar e executar funções e atividades, o que influencia a forma como pensam, sentem-se, motivam-se e atuam. As mulheres apresentam pior autoeficácia em ofícios considerados tradicionalmente masculinos do que naqueles tidos como femininos, o que está intimamente relacionado aos estereótipos de gênero. Isso porque, desde cedo, mulheres aprendem que existem algumas funções que podem desempenhar e outras não, como se dedicar às ciências exatas, postos de direção, cargos políticos etc. Essa crença compartilhada, além de favorecer a resistência à contratação de mulheres, reforça a ideia, nessas mulheres, de que elas não servem para ocupar determinados postos, como os de direção (AGUT NIETO; MARTÍN HERNÁNDEZ, 2007).

5 Considerações finais

Neste artigo, realizamos a revisão bibliográfica de estudos e pesquisas envolvendo a temática da feminização da profissão jurídica, especificamente na magistratura e na advocacia. Os estudos explicitam a existência de barreiras estruturais e simbólico-culturais em diversos países, que impactam nas oportunidades e nas trajetórias profissionais de mulheres, produzindo desigualdades que determinam não apenas o acesso à profissão jurídica, mas também as carreiras escolhidas (concentração em cargos da administração de justiça), as posições hierárquicas ocupadas (segregação horizontal), os ramos de atuação dentro do Direito (segregação horizontal) e o tipo de tratamento recebido por colegas de trabalho.

A articulação do gênero com raça/etnia, feita por alguns dos estudos aqui abordados, demonstrou que, embora existam padrões comuns de gênero que unifiquem as mulheres em prol do desenvolvimento profissional, nem todas as mulheres vivenciam o gênero da mesma maneira. Nesse sentido, as mulheres negras enfrentam estereótipos específicos e oriundos da articulação entre gênero e raça na profissão jurídica.

A despeito do aumento do número de mulheres ingressantes nas carreiras jurídicas, observamos que elas não necessariamente estão chegando aos altos cargos no âmbito da estrutura judicial e na advocacia na mesma proporção que os homens. Se, por um lado, existem motivos para comemorar o

acesso de mulheres à alta cúpula dentro de uma profissão tradicionalmente masculina, por outro, nessas vitórias subjaz a ideia de que o aumento da diversidade na composição das carreiras estudadas depende de mudanças mais profundas na cultura jurídica e na própria estruturação das carreiras.

Sobre as autoras

Tharuell Lima Kahwage é mestre em Ciências na Área Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pelo Programa de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; graduada em Direito pelo Centro Universitário do Pará, Belém, PA.

E-mail: tharuell@gmail.com

Fabiana Cristina Severi é doutora em Psicologia pela Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, SP, Brasil; professora associada ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; livre docente em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil; coordenadora do Centro de Estudos em Direito e Desigualdades, Ribeirão Preto, SP, Brasil.

E-mail: fabianaseveri@usp.br

Este artigo foi desenvolvido com base nos resultados obtidos no projeto de pesquisa “Políticas e estratégias institucionais do Poder Judiciário de melhoria das condições de acesso à justiça das mulheres em situação de violência: um estudo junto às Coordenadorias Estaduais das mulheres dos tribunais estaduais de justiça no Brasil”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp).

Como citar este artigo

(ABNT)

KAHWAGE, Tharuell Lima; SEVERI, Fabiana Cristina. Para além de números: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 51-73, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p51

(APA)

Kahwage, T. L., & Severi, F. C. (2019). Para além de números: uma análise dos estudos sobre a feminização da magistratura. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 51-73. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p51

Referências

AGUT NIETO, Sonia; MARTÍN HERNÁNDEZ, Pilar. Factores que dificultan el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad: una revisión teórica. *Apuntes de Psicología*, [Sevilla],

v. 25, n. 2, p. 201-214, 2007. Disponível em: <http://apuntesdepsicologia.es/index.php/revista/article/view/125/127>. Acesso em: 22 mar. 2019.

ALLEYNE, Sonia. What female attorneys of color want. *Black Enterprise*, [New York], Aug. 1st, 2011. Disponível em: <https://www.blackenterprise.com/what-female-attorneys-of-color-want/>. Acesso em: 27 mar. 2019.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. Commission on Women in the Profession. *Visible invisibility: women of color in law firms*. Chicago, IL: ABA, 2006. Disponível em: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/marketing/women/visibleinvisibility_es.pdf. Acesso em: 26 mar. 2019.

ANLEU, Sharyn Roach; MACK, Kathy. Comparación de mujeres y hombres de experiencias en la judicatura australiana. *E-Cadernos CES*, [Coimbra], n. 24, 2015. Disponível em: <http://eces.revues.org/1955>. Acesso em: 27 mar. 2019.

ANLEU, Sharyn Roach. Women in law: theory, research and practice. *Journal of Sociology*, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 391-410, Dec. 1992. DOI: <https://doi.org/10.1177/144078339202800305>.

AZMAT, Ghazala; FERRER, Rosa. *Gender gaps in performance: evidence from young lawyers*. [S. l.: s. n.], 2016. Disponível em: <http://www.econ.upf.edu/~rferrer/files/PAPER.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BANDURA, Albert. Self-efficacy. In: RAMACHANDRAN, V. S. (ed.). *Encyclopedia of human behavior*. San Diego, CA: Academic Press, 1994. v. 4, p. 71-81.

BARBALHO, Rennê Martins. *A feminização das carreiras jurídicas: construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo*. 2008. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/6663/2026.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BARBERÁ RIBERA, Teresa; ESTELLÉS MIGUEL, Sofia; DEMA PÉREZ, Carlos M. Obstáculos en la promoción profesional de las mujeres: el “techo de cristal”. In: CONGRESO DE INGENIERIA DE ORGANIZACIÓN, 13., 2009, Terrasa. *Anales [...]*. Terrasa: [s. n.], 2009. p. 133-142. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/278025999-Obstaculos_en_la_promocion_profesional_de_las_mujeres_EL_techo_de_cristal. Acesso em: 27 mar. 2019.

BEINER, Theresa M. Not all lawyers are equal: difficulties that plague women and women of color. *Syracuse Law Review*, [New York], v. 58, p. 317-334, 2008. Disponível em: https://lawrepository.ualr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1045&context=faculty_scholarship. Acesso em: 27 mar. 2019.

BERGALLO, Paola. ¿Un techo de cristal en el poder judicial?: la selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires. In: CABAL, Luisa; MOTTA, Cristina (comp.). *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. p. 145-217. (Colección Equidad y Justicia).

BERGOGLIO, María Inés. Diversidad y desigualdad en la profesión jurídica: consecuencias sobre el papel del derecho en América Latina. *Via Iuris*, [Bogotá], n. 6, p. 12-28, enero/jun. 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3293445>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BOIGEOL, Anne. Male strategies in the face of the feminisation of a profession: the case of the French Judiciary. In: SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). *Women in the world's legal professions*. Oxford, UK: Hart, 2003. p. 401-418.

BOLTON, Sharon C.; MUZIO, Daniel. Can't live with 'em; can't live without 'em: gendered segmentation in the legal. *Sociology*, [s. l.], v. 41, n. 1, p. 47-64, Feb. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1177/0038038507072283>.

BONELLI, Maria da Glória. Carreiras jurídicas e vida privada: interseções entre trabalho e família. *Cadernos Pagu*, [Campinas], n. 46, p. 245-277, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201600460245>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n46/1809-4449-cpa-46-0245.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.

_____. Profissionalismo, diferença e diversidade na advocacia e na magistratura paulistas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [São Paulo], v. 28, n. 83, p. 125-140, out. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v28n83/08.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. Profissionalismo e diferença de gênero na magistratura paulista. *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 270-292, maio/ago. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2010.2.6491>. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6491/5606>. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário*: VIDE: Vetores Iniciais e Dados Estatísticos. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009*. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2009. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_75.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 106, de 6 de abril de 2010*. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. [Brasília, DF]: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_106.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

COLLINS, Patricia Hill. Em direção a uma nova visão: raça, classe e gênero como categorias de análise e conexão. In: MORENO, Renata (org.). *Reflexões e práticas de transformação feminista*. São Paulo: Sempreviva Organização Feminista, 2015. p. 13-42. (Coleção Cadernos Sempreviva, v. 4). Disponível em: <http://www.sof.org.br/wp-content/uploads/2016/01/reflex%C3%B5eseparaticasdetransforma%C3%A7%C3%A3ofeminista.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

COLOMBIA. Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. *Informe regional: iguales en méritos, desiguales en oportunidades: acceso de mujeres a los sistemas de administración de justicia*. [Bogotá]: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, 2007. Disponível em: https://www.humanas.org.co/archivos/informe_regional.pdf. Acesso em: 26 mar. 2019.

COOK, Rebecca J.; CUSACK, Simone. *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. Traducción al español por: Andrea Parra. Bogotá: Profamilia, 2010. Disponível em: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf. Acesso em: 26 mar. 2019.

COONEY, Sean. Gender and judicial selection: should there be more women on the courts? *Melbourne University Law Review*, [Melbourne], v. 19, p. 20-44, Jun. 1993-1994. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/mulr19&id=46&men_tab=srchresults. Acesso em: 26 mar. 2019.

DUARTE, Madalena; FERNANDO, Paula; GOMES, Conceição; OLIVEIRA, Ana. The feminization of the judiciary in Portugal: dilemmas and paradoxes. *Utrecht Law Review*, [Utrecht], v. 10, n. 1, p. 29-43, Jan. 2014. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.255>. Disponível em: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.255/>. Acesso em: 26 mar. 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da Silva. *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília, DF: Brado Negro, 2015.

FLORES SÁNCHEZ, Aquiles. Mujeres en la judicatura federal en México. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, [Ciudad de México], n. 33, p. 59-77, 2012. Disponível em: <https://>

revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/view/31980/28971. Acesso em: 22 mar. 2019.

FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro. *E-Cadernos CES*, [Coimbra], n. 24, 2015. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1968>. Acesso em: 21 mar. 2019.

GASTIAZORO, María Eugenia. Construcción de la identidad profesional y de género en la administración de justicia Argentina. *Via Iuris*, [Bogotá], n. 9, p. 11-32, jul./dec. 2010. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3619520>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. *Gênero y trabajo: mujeres en el poder judicial*. Córdoba: Centro de Estudios Avanzados, 2013. (Colección Tesis). Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/cea-unc/20161116032848/pdf_1199.pdf. Acesso em: 21 mar. 2019.

_____. Inserción de las mujeres en las grandes firmas jurídicas de Argentina. *Trabajo y Sociedad*, Santiago del Estero, n. 27, p. 139-153, 2016. Disponível em: <http://www.unse.edu.ar/trabajosociedad/27%20GASTIAZORO%20MARIA%20Insercion%20de%20las%20mujeres%20en%20las%20grandes%20firmas%20juridicas.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. La concentración de las mujeres en la administración de justicia. *Anuario del CIJS*, [Córdoba], n. 11, p. 705-721, 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29607.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

GASTRON, Andrea L. Género y argumentos de género en el Poder Judicial: lo que muestran las sentencias judiciales en la Argentina. Con la colaboración de la Abog. M. Angela Amante y el Lic. Rubén Rodríguez. *Revista Científica de UCES*, [Buenos Aires], v. 13, n. 2, p. 82-113, 2009. Disponível em: http://dSPACE.UCES.EDU.AR:8180/XMLUI/BITSTREAM/HANDLE/123456789/737/G%C3%A9nero_y_argumentos_Gastron.pdf?sequence=1. Acesso em: 26 mar. 2019.

GÓMEZ-BAHILLO, Carlos; ELBOJ-SASO, Carmen; MARCÉN-MUÑO, Celia. Feminización de la judicatura española. *Convergencia*, [Toluca], v. 23, n. 70, enero/abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352016000100199. Acesso em: 21 mar. 2019.

HALILOVIĆ, Majda; HUHTANEN, Heather. *Gender and the judiciary: selected findings and recommendations on the implications of gender within the judiciary of Bosnia and Herzegovina*. Sarajevo: DCAF, 2014. Disponível em: http://atlanticinitiative.org/wp-content/uploads/2018/03/Gender_and_the_Judiciary_engl-1.pdf. Acesso em: 16 mar. 2019.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Women in the judiciary: a perspective from Brazil. In: SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). *Women in the world's legal professions*. Oxford, UK: Hart, 2003. p. 437-450.

KAY, Fiona; GORMAN, Elizabeth. Women in the legal profession. *Annual Review of Law and Social Science*, [Palo Alto, CA], v. 4, p. 299-332, Dec. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172309>.

MENKEL-MEADOW, Carrie. A sociologia comparada das advogadas: a feminização da profissão jurídica. Tradução: Lucinelli Kuster. *Panóptica*, Vitória, v. 8, n. 25, p. 67-96, 2013. Disponível em: https://scholarship.law.uci.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1519&context=faculty_scholarship. Acesso em: 21 mar. 2019.

NEALLANI, Shelina. Women of colour in the legal profession: facing the familiar barriers of race and sex. *Canadian Journal of Women and the Law*, [Toronto], v. 5, p. 148-165, 1992.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Oficina Internacional del Trabajo. *Romper el techo de cristal: las mujeres en los puestos de dirección*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2004. Disponível em: <http://www.igualdadnlaempresa.es/enlaces/webgrafia/docs/romper-el-techo-de-cristal-2004.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

PLATERO, Rosana Antoniaci. *Humilhação social no trabalho: o caso das advogadas negras*. 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica de Campinas,

Campinas, 2013. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=866. Acesso em: 26 mar. 2019.

PRATT, Carla D. Sisters in law: black women lawyers' struggle for advancement. *Michigan State Law Review*, [East Lansing, MI], n. 5, p. 1.777-1.795, Aug. 2012. Disponível em: <https://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1072&context=lr>. Acesso em: 26 mar. 2019.

RACKLEY, Erika. *Women, judging and the judiciary: from difference to diversity*. New York: Routledge, 2013.

REDDICK, Malia; NELSON, Michael J.; CAUFIELD, Rachel Paine. Racial and gender diversity on state courts: an AJS study. *The Judges Journal*, [Washington, DC], v. 48, n. 3, p. 28-32, 2009.

RHODE, Deborah L. Gender and the profession: an American perspective. In: SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). *Women in the world's legal professions*. Oxford, UK: Hart, 2003. p. 3-22.

_____. *The unfinished agenda: women and the legal profession*. Chicago, IL: American Bar Association, 2001. Disponível em: <http://womenlaw.stanford.edu/pdf/aba.unfinished.agenda.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

RIBAS BONET, María Antonia. *Desigualdades de género en el mercado laboral: um problema actual*. [Palma, ES]: Universitat de les Illes Balears, Departament d'Economia Aplicada, 2014. Disponível em: http://dea.uib.cat/digitalAssets/128/128260_4.pdf. Acesso em: 26 mar. 2019.

RIGER, Stephanie; FOSTER-FISHMAN, Pennie; NELSON-KUNA, Julie; CURRAN, Barbara. Gender bias in courtroom dynamics. *Law and Human Behavior*, [Washington, DC], v. 19, n. 5, p. 465-480, Oct. 1995.

RUEDA ROMERO, Paulino. *La administración de justicia en el Perú: problema de género*. Lima: Universidad San Martín de Porres, 2009.

SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). *Women in the world's legal professions*. Oxford, UK: Hart, 2003.

SCHULTZ, Ulrike. Women lawyers in Germany: perception and construction of femininity. In: SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). *Women in the world's legal professions*. Oxford, UK: Hart, 2003. p. 295-321.

SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 80-115, 2016. DOI: 10.12957/dep.2016.16716. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/16716/15882>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SOLLARS, Danielle. Note: gender balance in the judiciary: why does it matter? *William Mitchell Law Review*, [s. l.], v. 36, n. 4, p. 1.721-1.746, 2010. Disponível em: <https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=wmlr>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SOMMERLAD, Hilary; WEBLEY, Lisa; DUFF, Liz; MUZIO, Daniel; TOMLINSON, Jennifer. *Diversity in the legal profession in England and Wales: a qualitative study of barriers and individual choices*. London: University of Westminster, 2010.

TOMLINSON, Jennifer; MUZIO, Daniel; SOMMERLAD, Hilary; WEBLEY, Lisa; DUFF, Liz. Structure, agency and career strategies of white women and black and minority ethnic individuals in the legal profession. *Human Relations*, [Thousand Oaks, CA], v. 66, n. 2, p. 245-269, Feb. 2013. DOI: 10.1177/0018726712460556.

WILDER, Gita Z. *Women in the profession: findings from the first wave of the after the JD study*. Washington, DC: Nalp, 2007. (Gender and The Legal Profession). Disponível em: https://www.nalp.org/assets/863_ajdgendermonograph2007.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras

EDUARDO JORDÃO

LEANDRO MOLHANO RIBEIRO

NATASHA SCHIMITT CACCIA SALINAS

PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras federais nos últimos vinte anos. O artigo analisa as estratégias com as quais o Poder Legislativo busca intervir na estrutura, organização e funcionamento dessas agências. Apresenta, além disso, os fatores políticos e conjunturais que influenciam essa produção. Para tanto, foram selecionadas 689 proposições legislativas atualmente em trâmite ou que já tramitaram pela Câmara dos Deputados desde que a primeira agência reguladora foi criada em 1996. Essas iniciativas foram analisadas qualitativa e quantitativamente no que diz respeito ao seu objeto e às suas condicionantes político-conjunturais. Com este estudo descritivo-exploratório sobre a atuação do Congresso Nacional na estruturação das agências reguladoras, espera-se lançar as bases para a construção de uma agenda de pesquisa ainda pouco desenvolvida no Brasil.

Palavras-chave: Produção legislativa. Congresso Nacional. Agências reguladoras.

Congress' legislative production on regulatory agencies

Abstract: This article aims to analyze the Congress' legislative production on regulatory agencies over the past twenty years. The article analyses the strategies used by the legislative power to intervene in the structure, organization and operation of the federal regulatory agencies. It explores, additionally, the political and contextual factors that may influence this production. For this analysis, it looks into the 689 bills introduced in the Chamber of Deputies on this topic since the first regulatory agency was created in 1996. The authors analyze qualitatively and quantitatively the objects and the political and conjunctural determinants of these bills

Recebido em 3/10/18

Aprovado em 14/1/19

and expect that this descriptive and exploratory study on the behavior of Congress in structuring regulatory agencies will help strengthen a research agenda that remains underdeveloped in Brazil.

Keywords: Legislative production. National Congress. Regulatory agencies.

Introdução

As agências reguladoras são entidades da Administração Pública indireta que ingressaram no cenário brasileiro no contexto da reforma do Estado empreendida ao longo dos anos 1990. Embasando-se num modelo de Estado pluricêntrico e na possível distinção entre políticas de Estado e de governo, às agências reguladoras foram outorgados poderes de normatização e fiscalização sobre setores variados da economia. No âmbito federal, foram criadas agências para regular o comportamento de agentes econômicos inseridos em setores variados como infraestrutura, gestão de recursos naturais, produção audiovisual, planos de saúde e vigilância sanitária.

Em pouco mais de vinte anos da instituição da primeira agência reguladora no Brasil,¹ construiu-se um ambiente regulatório² no qual as agências federais assumiram papel de destaque. Ao longo desses anos, inclusive, elas editaram atos normativos em número superior ao das leis editadas pelo Congresso Nacional.³ A produção dessas normas é acompanhada da realização de milhares de audiências e consultas públicas,⁴ garantindo-se à população o direito de participar do processo de sua elaboração. As agências também conduzem processos licitatórios e celebram contratos de concessão dos serviços por elas regulados, além de fiscalizar a sua execução, apurar infrações, impor sanções e mediar conflitos entre agentes regulados e usuários/consumidores.

¹ A Anel foi a primeira agência instituída no País, por meio da edição da Lei nº 9.427/1996 (BRASIL, [2018b]).

² Um ambiente regulatório é constituído por uma pluralidade de regras e um conjunto de instituições encarregadas de implementá-las. A expressão “ambiente” ou “espaço” foi adotada metaforicamente por Hancher e Moran (1998) para dar ênfase às organizações que ocupam o ambiente regulatório e disputam, portanto, posições centrais nesse espaço.

³ Nos últimos vinte anos, a Anatel e a Anel produziram, sozinhas, 1.523 atos normativos, número contabilizado manualmente com base nas informações disponíveis em Resoluções... ([200-]) e Biblioteca... ([200-]).

⁴ Até a presente data, tem-se registro da realização de 5.140 audiências/consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras federais, número obtido por contagem manual em seus sites.

Coube ao Congresso Nacional, por meio das leis que edita, atribuir autonomia financeira, administrativa e decisória às agências reguladoras federais. Essas leis introduziram inovações que, ao menos inicialmente, visavam propiciar maior efetividade à sua atuação. Como se verá, a atuação do Congresso é profícua na tentativa de discipliná-las e não se restringe a criar as agências e definir as regras basilares de sua estrutura e funcionamento.

Diversas são as estratégias legislativas das quais se vale o Congresso Nacional para interferir no funcionamento das agências reguladoras federais. Tais estratégias oscilam entre ampliar e diminuir a autonomia das agências reguladoras frente aos demais Poderes. O Legislativo tem editado, por exemplo, normas que afetam a autonomia financeira das agências, ora restringindo-as, ora ampliando-as, bem como busca interferir no rol de suas competências, ampliando-o, restringindo-o ou modificando-o. A estrutura organizacional e os processos de tomada de decisão das agências também são alvos das tentativas reformadoras do Congresso Nacional; a depender da configuração dada à sua estrutura e funcionamento, determinada agência agirá de forma mais ou menos independente dos interesses dos órgãos políticos que supervisionam seu trabalho.

Foge aos propósitos deste artigo analisar normativamente as estratégias adotadas pelo Congresso para fortalecer ou enfraquecer a autonomia organizacional e decisória das agências. Tem-se aqui um objetivo mais modesto, porém necessário, inclusive para embasar análises normativas futuras: trata-se da apresentação de um diagnóstico que permita conhecer a extensão da intervenção do Poder Legislativo nessas agências.

Para esse fim, o artigo estrutura-se da seguinte forma: na primeira seção, apresenta-se a metodologia utilizada para selecionar as pro-

posições legislativas que compõem o presente estudo; no item seguinte, descrevem-se as categorias construídas pelos autores para classificar e analisar estas proposições legislativas; na terceira parte, analisam-se empiricamente as proposições legislativas envolvendo agências reguladoras que até hoje tramitaram na Câmara dos Deputados, convertidas ou não em lei; na quarta seção, são apresentadas considerações finais sobre os achados de pesquisa.

Espera-se, com este estudo descritivo-exploratório, lançar as bases para a construção de uma agenda de pesquisa sobre o tratamento conferido pelo Congresso Nacional às agências reguladoras no Brasil.

1 A seleção dos dados

A seleção dos projetos de lei analisados neste artigo é resultado de uma busca realizada na base de dados de proposições legislativas da Câmara dos Deputados disponível pública e gratuitamente na internet.⁵ Essa base contém todas as modalidades de proposições legislativas⁶ atualmente em trâmite ou que já tramitaram naquela Casa. Não inclui, portanto, as proposições originárias do Senado cuja tramitação se encerrou nesta Casa sem que fossem remetidas à Câmara. Estão excluídas, também, as proposições legislativas em trâmite no Senado no momento da realização da pesquisa e que ainda não tinham sido enviadas para a apreciação da Câmara dos Deputados.

As ferramentas de busca da base de dados consultada permitem localizar proposições por meio de pesquisa livre, com a digitação de palavras-chave. O sistema de pesquisa livre apresenta

⁵ Ver base de dados (PESQUISA..., [200-]).

⁶ Neste artigo, entende-se por proposições legislativas as matérias sujeitas à deliberação do Congresso Nacional que tenham caráter normativo.

como resultados proposições legislativas cujas ementas ou indexação contenham os termos digitados pelo usuário-pesquisador. Neste trabalho, foram utilizadas as seguintes palavras-chave para a seleção das proposições legislativas: “Agências reguladoras”, “Regulação”, “Anatel”, “Aneel”, “Ancine”, “Anac”, “Antaq”, “ANTT”, “Anvisa”, “ANA”, “ANS”, “ANM” e “ANP”.

Observe-se que as ementas (que correspondem à síntese do conteúdo da proposição legislativa), bem como a indexação (que apresenta palavras ou expressões que resumem este mesmo conteúdo), são elaboradas pelos funcionários que alimentam a base de dados da Câmara dos Deputados. Desse modo, eventuais projetos legislativos sobre agências reguladoras, mas cujo ementário e indexação não façam referência a esse objeto, não figuraram como resultado desta pesquisa livre.

A busca por palavras-chave produziu inicialmente um resultado de 892 proposições,⁷ caracterizadas pelas seguintes modalidades de atos legislativos: Projeto de Decreto Legislativo (PDC)⁸, Projeto de Lei (PL), Projeto de Lei Complementar (PLP)⁹, Projeto de Medida Provisória (MPV)¹⁰, Projeto de Lei de Conversão (PLV)¹¹ e Proposta de Emenda à Constituição (PEC).¹²

As proposições legislativas que resultaram dessa pesquisa foram lidas na íntegra e classificadas em categorias apresentadas na seção seguinte¹³. A análise do conteúdo e da classificação das proposições legislativas com base em categorias permitiu a exclusão adicional de 203 proposições que fugiam ao escopo do presente artigo. Em virtude

⁷ Inicialmente foram identificadas 1.052 proposições, das quais, no entanto, 150 eram duplicadas.

⁸ Decreto Legislativo é um ato normativo de competência exclusiva do Poder Legislativo que tem por objetivo tratar das matérias previstas no art. 49 e 62, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017b]). Para os propósitos da presente pesquisa, interessam especialmente os Projetos de Decreto Legislativo (PDCs) que têm por objetivo sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem os limites do poder regulamentar ou da delegação legislativa.

⁹ O PLP deve tratar das matérias previstas no art. 146 da CRFB. Para os propósitos da presente pesquisa, interessam especialmente os PLPs que tratam de matéria orçamentária, garantindo, restringindo ou ampliando a autonomia financeiro-orçamentária das agências.

¹⁰ O MPV, de iniciativa do Poder Executivo, trata de matérias que devem ser aprovadas em caráter de urgência e que não se enquadram nas hipóteses previstas no art. 62 da CRFB. Para os propósitos deste artigo, interessam especialmente os MPVs que abrem créditos extraordinários em favor de agências, criam e modificam estruturas administrativas das agências, bem como criam cargos e estruturam planos de carreiras dos servidores das agências.

¹¹ PLV corresponde ao texto de uma Medida Provisória que porventura tenha seu conteúdo modificado na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal. O PLV, conforme prevê o art. 62, § 12, da CRFB, deve ser sancionado pelo presidente da República depois de aprovado definitivamente pelo Senado ou pela Câmara.

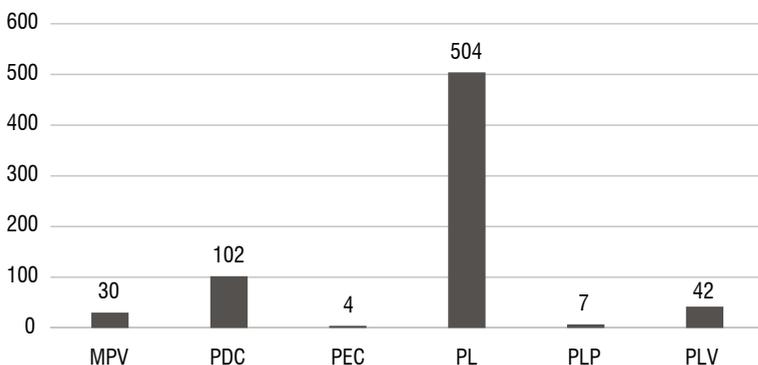
¹² A PEC pode versar sobre qualquer tema, exceto os previstos no art. 60, § 4º (forma federativa de Estado, separação de Poderes etc.).

¹³ Essa etapa contou com o auxílio inestimável dos pesquisadores Vinícius Reis e Ana Cardoso. Agradecemos a ambos pelo esforço empreendido em seu trabalho.

dessas exclusões, chegou-se ao número de 689 proposições legislativas, o qual corresponde ao universo de projetos analisados neste trabalho.

Gráfico 1

Tipos de proposições legislativas examinadas



Fonte: elaborado pelos autores.

2 As estratégias legislativas adotadas pelo Congresso Nacional

As proposições legislativas analisadas neste trabalho foram classificadas em cinco categorias: “orçamento”, “institucional”, “pessoal”, “controle” e “competências/regulação”. A leitura integral das proposições selecionadas permitiu a construção dessas cinco categorias, apresentadas a seguir.

2.1 Orçamento

Foram inseridas nessa categoria todas as iniciativas legislativas que impactam diretamente o orçamento das agências reguladoras. A maior parte delas visa assegurar ou ampliar a autonomia financeira das agências, livre de ingerências e de contingenciamentos realizados por outras entidades (item 2.1.1), mas também há alternativas que reduzem essa autonomia, impactando negativamente os orçamentos das agências (item 2.1.2).

2.1.1 Iniciativas que favorecem a autonomia financeira das agências

Entre as iniciativas que favorecem a autonomia financeira das agências, há aquelas cujo objeto consiste em prover-lhes ou alocar-lhes recursos

específicos, para o seu funcionamento e a manutenção das suas atividades. Nessa categoria enquadram-se, por exemplo, os projetos que destinam os valores de multas e outras fontes de receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) para a Anatel (BRASIL, 2015d); aqueles que buscam estabelecer uma gradação no valor da taxa de fiscalização de vigilância sanitária destinada a financiar a Anvisa (BRASIL, 2003d); ou os projetos que cuidam de prover recursos para a ANP (BRASIL, 2003b). Também se enquadram nessa primeira hipótese os diversos projetos que abrem créditos extraordinários para os ministérios a que as agências reguladoras estão vinculadas, prevendo o posterior repasse parcial ou integral (BRASIL, 2005a).

Esses projetos correspondem a reações de congressistas a uma distorção. No projeto inicial de criação das agências reguladoras, a autonomia orçamentária e financeira era uma das características mais relevantes. As agências seriam autossustentáveis (mediante cobrança de taxas de fiscalização, multas, outorgas dos seus regulados) e teriam orçamentos independentes dos ministérios aos quais se vinculam.¹⁴ A rigor, o próprio conceito de entidade independente suporia sua autonomia financeira. Acontece que, no âmbito da União, desde o governo de Fernando Henrique Cardoso (1º/1/1995-1º/1/2003), o “princípio da unidade orçamentária” tem sido interpretado como exigência de que todos os recursos arrecadados pela agência voltem para a conta única da União. Assim, ficam dependentes de realocação orçamentária para retornar à agência. Na prática, as despesas orçamentárias previstas para custear as agências reguladoras somam valores menores que os arrecadados. Na sequência dessa previsão inicial já minorada, têm ocorrido ainda sucessivos contingenciamentos com o objetivo de cumprir metas de superávit primário (XAVIER, 2011) que comprometem o orçamento das agências reguladoras e o desempenho das suas atividades.¹⁵

Nesse contexto têm sido apresentadas proposições legislativas que cuidam especificamente de *vedar* práticas nocivas à autonomia financeira das agências. Uma das estratégias adotadas pelo Congresso Nacional tem

¹⁴ Para um inventário completo dos instrumentos previstos na legislação para garantir a independência orçamentária das agências, ver Guerra e Sampaio (2016).

¹⁵ Segundo levantamento da entidade Contas Abertas, entre 2010 e 2015, anos do governo de Dilma Rousseff, o orçamento total previsto para as agências era de R\$ 57 bilhões. No entanto, apenas R\$ 19,3 bilhões foram efetivamente liberados e gastos. Em 2016, a Aneel havia estimado orçamento de R\$ 200 milhões. O governo aprovou a metade: R\$ 100 milhões. Na sequência, dois decretos reduziram ainda mais o valor: primeiro para R\$ 90 milhões e depois para R\$ 44 milhões – ou seja, menos de um quarto do valor inicialmente proposto pela agência e cerca de um décimo do que a própria agência arrecadara no ano anterior. No caso da Aneel, o orçamento foi reestabelecido para R\$ 120 milhões; mas, com o contingenciamento, as agências precisaram cortar gastos e até mesmo descontinuar serviços e atividades essenciais, como a fiscalização dos serviços. Foi o que aconteceu recentemente com a Anac, a Anatel e a Aneel (JORDÃO; RIBEIRO, 2016).

sido estabelecer rubricas orçamentárias próprias para as agências reguladoras federais, distintas das dos ministérios aos quais estão vinculadas (BRASIL, 2016c). Além disso, o Congresso tem reagido contrariamente a práticas de contingenciamento de dotações das agências reguladoras (BRASIL, 2007a), ainda que para cumprimento das metas orçamentárias estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2009a, 2011b, [2018a]).

Por fim, um projeto específico foi contabilizado nessa subcategoria de “favorecimento à autonomia financeira das agências” por consistir numa autorização para gasto específico – e, nesse sentido, ampliar o espectro de suas aplicações orçamentárias possíveis. Trata-se do projeto que autoriza as agências reguladoras a remunerar os Conselhos de Consumidores pertinentes às suas áreas de atuação, para fomentar a participação dessas entidades em audiências públicas (BRASIL, 2004b).

2.1.2 Iniciativas que reduzem a autonomia financeira das agências

Ao lado dessas iniciativas que favorecem a autonomia financeira das agências, existem outras, em número inferior¹⁶, que produzem impacto negativo sobre o orçamento das agências e podem dificultar ainda mais a sua flexibilidade orçamentária.

É o caso do projeto de lei que destina parte dos recursos da Aneel ao financiamento do Fundo Nacional de Fomento à Pesquisa e Desenvolvimento de Energias Limpas (BRASIL, 2009b). Ou do projeto que desloca dos cofres da ANS para o Fundo Nacional de Saúde os produtos de arrecadação de multas resultantes das ações fiscalizadoras dessa agência (BRASIL,

2015f). Esses projetos têm em comum o fato de que vinculam receitas arrecadadas pelas agências para a execução de políticas públicas específicas consideradas prioritárias pelo Poder Legislativo.

2.2 Pessoal

Numa segunda categoria estão as iniciativas parlamentares classificadas como relativas a “pessoal”. Considerando-se o universo de iniciativas legislativas examinadas, o número referente a essa categoria representa apenas 4,1% do universo de proposições legislativas analisadas. São principalmente projetos de leis que provocam alterações nos cargos ou nos sistemas de remuneração dos servidores das agências.

A maior parte dessas iniciativas visa à criação e transformação de cargos, ou criação/reestruturação do quadro de pessoal de alguma agência ou de várias agências. As iniciativas destinam-se a aparelhar o pessoal das agências reguladoras, a reorganizar os seus recursos humanos ou a regularizar uma situação de fato em que as agências estejam se valendo excessiva ou recorrentemente de terceirizações para suprir déficit de pessoal (BRASIL, 2008a). Os projetos de leis costumam trazer a denominação dos cargos criados, a sua quantidade, as suas atribuições¹⁷; dispor sobre os concursos públicos para ingresso no cargo ou requisitos de escolaridade; estabelecer padrões de vencimentos básicos, as estruturas de remuneração (incluindo, por exemplo, os vencimentos básicos e uma gratificação) ou subsídios fixados em parcela única; dispor sobre os critérios para gratificação ou sua contagem. Alguns projetos são específicos sobre apenas um ou dois desses aspectos.

¹⁶ Das 37 iniciativas analisadas, apenas 10 visavam a reduzir a autonomia financeira das agências reguladoras.

¹⁷ A Lei nº 10.871/2004 contém o Anexo I, que explicita os cargos existentes em cada uma das agências e a sua quantidade. As novas leis que criam novos cargos costumam atualizar esse anexo (BRASIL, [2016f]).

Há também projetos inseridos nessa categoria que cuidam de regras específicas para os mandatos e as nomeações dos dirigentes das agências reguladoras ou que preveem a possibilidade de requisição, pelas agências, de servidores e empregados de órgãos e entidades integrantes da administração pública, entre outras medidas mais genéricas.

Um passeio pelas iniciativas relativas a “pessoal” revela que elas normalmente são “pró-agência”¹⁸, no sentido de que se destinam a facilitar o cumprimento das suas missões e o desempenho de suas atividades reguladoras. Assim, por exemplo, no caso de uma das iniciativas que veicula questões remuneratórias, o objetivo declarado é o de “suprir a demanda da Administração Pública federal por pessoal especializado, valorizar os servidores públicos e atrair e reter profissionais cuja qualificação seja compatível com a natureza e o grau de complexidade das atribuições das carreiras” (BRASIL, 2016d, p. [25]).

Há, no entanto, algumas iniciativas elencadas nesta categoria que mais se aproximam de uma preocupação de legitimidade. Por exemplo, a proposta de revisão da estrutura remuneratória para subsídios fixados em parcela única tinha como objetivo a simplificação e a transparência do sistema remuneratório, bem como a harmonização interna das remunerações. Outros projetos chegam inclusive a reduzir a autonomia das agências, e assim se aproximam de iniciativas que poderiam estar classificadas na categoria “controle”. Nesse sentido, chama a atenção o projeto de lei que dispõe que todos os cargos em comissão das agências reguladoras sejam ocupados privativamente por servidores efetivos de carreira. O objetivo evidente dessa proposição é evitar o loteamento de cargos por nomeações políticas. Na mensagem de encaminhamento da proposta, fala-se em resgatar “a tecnicidade e a profissionalização necessária[s] para o funcionamento das Agências Reguladoras” (BRASIL, 2011e). No entanto, ao reduzir o leque de pessoas potencialmente elegíveis a integrar o corpo decisório das agências, essa espécie de norma pode reduzir a sua autonomia ao permitir a prevalência de interesses de caráter corporativo dos servidores efetivos de seus quadros.

2.3 Controle

Chama a atenção que boa parte das iniciativas parlamentares relativas às agências reguladoras se destina a ampliar o controle exercido sobre elas. De um total de 689 iniciativas parlamentares, 148 têm como

¹⁸ Em sentido contrário, sobre o poder que o Legislativo detém para controlar agências reguladoras por meio de iniciativas legislativas que interferem em suas carreiras, ver Chafetz (2017, p. 78-151).

objetivo alguma forma de limitação ou condicionamento do poder que será ou está sendo exercido por esses órgãos reguladores (um total de 21%). Essa circunstância é particularmente importante porque o desenho inicial dessas entidades incluía e pressupunha *algum grau* de autonomia.

Um dos debates públicos mais significativos no contexto da celebração dos vinte anos do Estado regulador diz respeito ao balanço da experiência brasileira relativa a esse aspecto. Parte da doutrina sustentou que alguns dos problemas de afirmação institucional das agências nas duas primeiras décadas se deviam a uma autonomia incompleta no projeto de Estado regulador brasileiro. Reclamava, assim, que maior liberdade e independência lhes fossem concedidas em matérias como gestão de recursos e nomeação de dirigentes para suas diretorias (GUERRA; SAMPAIO, 2016; FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, 2016; SALAMA; BARRIONUEVO, 2016).

O grande número de proposições legislativas voltadas ao controle das agências pode indicar que o Congresso discorda desse diagnóstico e filia-se ao entendimento contrário, o de que a autonomia inicialmente conferida às agências teria sido excessiva. Assim, o resultado observado na prática legislativa resultaria de um diagnóstico de que seria necessário limitar a autonomia dessas entidades.¹⁹ Os números são indicativos dessa hipótese, embora não sejam suficientes para que se atinja uma conclusão definitiva nesse sentido.

Para compreender e assimilar melhor as iniciativas parlamentares relacionadas com o controle das agências reguladoras, é conveniente valer-se da classificação tradicional entre (i) controle interno e (ii) controle externo, com as subdivisões apresentadas a seguir.

2.3.1 Controle interno

As iniciativas classificadas sob a rubrica “controle interno” preveem mecanismos de controle exercidos por meio de regras e procedimentos a serem observados pelas próprias agências ou pelos seus membros.

Uma primeira hipótese relaciona-se às iniciativas que preveem restrições incidentes sobre o pessoal das agências. Foram encontradas duas iniciativas que tratavam especificamente dessa hipótese. Uma delas destinava-se especificamente aos diretores de Aneel, Anatel, ANP e ANS e proibia-lhes o exercício de atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção político-partidária (BRASIL, 2003c). A outra previa uma ampliação da quarentena para ex-dirigentes de quaisquer agências (BRASIL, 2014).

¹⁹ Os autores deste trabalho não concordam com essa hipótese, aqui referida apenas a título argumentativo.

A segunda hipótese compreende as iniciativas que disciplinam o procedimento de atuação das agências. O controle pelo procedimento é uma das formas de condicionamento da atuação administrativa. A ideia é que a decisão final será impactada pelo procedimento por meio do qual ela é produzida (MCCUBBINS; NOLL; WEINGAST, 1987). Sob certo ângulo, o controle procedimental apresenta algumas vantagens sobre o controle de resultado, na medida em que concede maior autonomia e flexibilidade decisória para a agência. O requisito é apenas para que se passe por determinado procedimento antes de produzir a decisão final. Por outro lado, a literatura, especialmente a estrangeira, registra diversas críticas aos obstáculos que regras procedimentais excessivas podem causar na eficiência da atuação. Nos Estados Unidos, há importante debate sobre uma suposta *ossificação* das agências em função dos requisitos procedimentais para a sua atuação (MCGARITY, 1992, 1997; PIERCE JUNIOR, 1995). Algumas agências optariam pela inércia em função do custo para realizar qualquer atividade nova. Outras tentariam atuar, mas seriam paralisadas pelas regras procedimentais.

No caso das iniciativas encontradas nesta pesquisa, o controle procedimental assume diferentes formas. Uma delas seria na forma de obrigação de realização de Análise de Impacto Regulatório (BRASIL, 2015b). Outra forma de controlar procedimentalmente as agências consiste em disciplinar a transparência da sua atuação. Um projeto de lei específico, por exemplo, pretende divulgar ao usuário de transportes públicos informações relativas à composição tarifária desses serviços (BRASIL, 2015a). Outro, de aplicabilidade mais ampla, trata diretamente da transparência na tomada de decisão no âmbito das agências (BRASIL, 2013b).

Alguns projetos preveem a obrigação de realização de audiências públicas no caso de

aumentos nas tarifas ou preços praticados pelas empresas prestadoras de serviços públicos antes que sejam autorizados pelas respectivas agências reguladoras (BRASIL, 2000a). Note-se que o projeto não *impede* tais aumentos – apenas exige que eles sejam realizados após a oitiva de interessados. Outra iniciativa específica sobre a Aneel prevê que as audiências sejam obrigatórias no caso de qualquer decisão que afete os direitos dos agentes envolvidos, concessionários e consumidores (BRASIL, 1997).

2.3.2 Controle externo

Estão classificadas sob a rubrica de “controle externo” todas as iniciativas que estabeleçam oportunidade de controle para instituições ou órgãos *fora* das agências. O controle externo pode ser prévio ou posterior, a depender do momento em que for realizado, em relação à própria ação controlada.

2.3.2.1 Controle prévio

As iniciativas que estabelecem controle prévio externo sobre as agências têm a ver com a disciplina das nomeações de dirigentes. Foram quatro os projetos encontrados sobre esse tema. Um deles tem perspectiva mais genérica e visa inserir dispositivo sobre a nomeação de membros do Conselho Diretor ou Diretoria de agências reguladoras federais na Lei nº 9.986/2000, que trata da gestão de recursos humanos das agências reguladoras (BRASIL, [2007f], 2013a). Outro trata especificamente da Anatel, propondo a modificação do critério de escolha dos seus conselheiros, com introdução da lista tríplice para posterior escolha e nomeação do presidente da República (BRASIL, 2006b). Os dois últimos projetos cuidam especificamente da hipótese de livre nomeação do presidente do conselho diretor da Anatel e da ANA (BRASIL, 2001c, 2002).

2.3.2.2 Controle posterior

A hipótese de controle posterior é muito mais complexa. Há casos relativos a controle posterior pelos Poderes Executivo e Legislativo e pela sociedade civil. No primeiro caso, encontrou-se apenas uma iniciativa, que visa autorizar o presidente da República a exonerar diretores da Aneel, da Anatel e da ANP.

No segundo caso, das iniciativas relativas ao controle operado pelo Poder Legislativo, há duas hipóteses. Há, em primeiro lugar, os projetos que visam ampliar as oportunidades de controle parlamentar das agências, como o que determina que as agências reguladoras de serviços públicos descentralizados prestem contas de suas atividades à Comissão de Infraestrutura do Senado Federal e às Comissões Técnicas da Câmara dos Deputados de conteúdo temático correspondente (BRASIL, 2003e). Ou os que pretendem criar Conselhos de Julgamento de Recursos interpostos contra decisões das agências reguladoras, nos casos em que as próprias agências não os julguem definitivamente no prazo de 90 dias (BRASIL, 2013c).²⁰ Contudo, entre as iniciativas relativas ao controle operado pelo poder público estão também catalogados os numerosos projetos de decretos legislativos que visam sustar diretamente uma norma específica emanada de alguma das agências reguladoras. Trata-se aqui não de tentativa de ampliar as hipóteses e oportunidades de controle, mas de exercício concreto de hipótese prevista constitucionalmente para o controle (art. 49, V, da CRFB).²¹

²⁰ Essas iniciativas estão aqui classificadas no espaço reservado ao controle externo pelo Poder Legislativo porque, na forma do projeto, os Conselhos estariam organizados e estruturados no âmbito do Poder Legislativo. O projeto previa, no entanto, que os Conselhos seriam compostos por uma comissão mista de deputados, senadores, representantes das agências reguladoras e da sociedade civil organizada.

²¹ Por exemplo, Brasil (2011a), relativo à Aneel, e Brasil (2016b), relativo à Anac.

No terceiro caso, encontram-se diversas iniciativas legislativas estabelecendo ou ampliando o controle *social* incidente sobre as agências reguladoras. Essa hipótese é relativamente numerosa. Em geral, as iniciativas consistem em tentativas de dar voz e representatividade aos usuários dos serviços regulados. Isso pode ser feito mediante previsão de representante dos consumidores entre os diretores da agência (BRASIL, 2012) ou ocupando a sua ouvidoria, criada no próprio projeto de lei (BRASIL, 1998). Esses exemplos de iniciativas voltadas à ampliação do controle social das agências reguladoras são ilustrativos do fato de que as categorias mencionadas neste item foram construídas com finalidade meramente didática e não são estanques ou autoexcludentes. Assim, seria possível elencar estas hipóteses de controle social dentro das categorias de *controle interno procedimental*, na medida em que estes representantes da sociedade civil atuarão dentro da própria agência.

2.4 Institucional

A categoria que denominamos “institucional” abrange três tipos de iniciativas legislativas: (i) as que propõem a criação de uma agência reguladora, (ii) as que buscam alterar a sua estrutura e (iii) as que visam à alteração da sua sede.²²

No primeiro grupo estão os diversos projetos de lei que se converteram posteriormente nas leis criadoras das agências reguladoras nacionais. A última agência a ser criada foi a Agência Nacional de Mineração (ANM), pela Medida Provisória nº 791/2017, que tramitou no Congresso Nacional e foi aprovada na forma do Projeto de Lei de Conversão nº 37/2017 (BRASIL, 2017c, 2017d).

²² Há uma corrente na literatura internacional que classifica arranjos institucionais e organizacionais como instrumentos de controle político (MCCUBBINS; NOLL; WEINGAST, 1987). Neste trabalho, no entanto, optou-se por atribuir a essas iniciativas uma categoria de análise própria, separada de controle.

Dois projetos de lei anteriores, de 2013 e 2016, já haviam proposto a sua criação. Entre as proposições de criação de agência que não obtiveram sucesso está a da Agência Nacional de Serviço Bancário (Ansban), que teria o objetivo de “assegurar a prestação legítima do serviço bancário” (BRASIL, 2015c, p. [2]). Também está a da Agência Nacional de Desenvolvimento de Portos e Indústria de Construção Naval, que receberia parte da competência da Antaq (BRASIL, 2005b).

No segundo grupo estão os projetos que buscaram alterar a estrutura das agências. De forma exemplificativa, podem ser citados três projetos similares que buscavam inserir na estrutura das agências reguladoras uma diretoria de meio ambiente. O objetivo era “fazer com que a questão ambiental seja uma constante preocupação na atividade fiscalizadora desempenhada pelas Agências Reguladoras, que trará, certamente, enormes benefícios para a população brasileira” (BRASIL, 2007b, p. 3).

Finalmente, há as iniciativas legislativas destinadas a alterar a sede das agências reguladoras. Quatro projetos do então deputado federal Eduardo Paes buscavam transferir as sedes da Anatel e da Aneel de Brasília para o Rio de Janeiro, sob o argumento de que nesta cidade sempre estivera “situada a inteligência” dos setores de telecomunicações e energia elétrica. Caminho inverso foi proposto pelo então deputado federal José Roberto Arruda, também em 2003, com três projetos de leis destinados a transferir a ANP e a ANS do Rio de Janeiro para Brasília. O argumento, nesse caso, era o de risco à eficiência regulatória, já que “as agências nacionais e órgãos reguladores do governo devem ter sua sede na capital do país, equidistante de pressões regionais” (BRASIL, 2003a, p. 1).

2.5 Competências/regulação

A categoria “competências/regulação” concentra mais de dois terços das iniciativas legislativas do Congresso Nacional. Foram classificadas nessa categoria todas as iniciativas que criam, ampliam, modificam ou reduzem competências normativas e fiscalizatórias de uma ou mais agências reguladoras. Além disso, proposições legislativas que criam ou alteram parâmetros e condições para o exercício de competências previamente estabelecidas às agências também foram nela inseridas.

Em essência, essas iniciativas visam definir o campo de atuação das agências reguladoras. As tentativas de intervir nos limites desse campo variam conforme o setor regulado e são constantemente revistas. Algumas iniciativas legislativas são propostas com o objetivo de ampliar o rol de competências das agências. Exemplos de proposições nesse sentido são as que atribuem competência para a agência regular a concorrência de determinado setor, como ocorre com a proposição legislativa que confere

essa competência à Anvisa (BRASIL, 2000d). Há também as iniciativas que visam ampliar o rol de bens e serviços regulados pelas agências, como a proposição legislativa que visa atribuir à Ancine competência para supervisionar a atuação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de Direitos (Ecad) (BRASIL, 2011c) ou a iniciativa que confere à Anvisa a atribuição de regular a propaganda e publicidade de medicamentos (BRASIL, 2009c). Proposições legislativas que tratam de cooperação técnica entre agências e outros órgãos também se enquadram nessa categoria (BRASIL, 2001b).

Além das iniciativas que tratam de competências, existem as que estabelecem parâmetros procedimentais e substantivos para o exercício das competências das agências reguladoras. Essas iniciativas têm em comum o fato de que limitam, de alguma forma, a discricionariedade dessas entidades. No que diz respeito aos parâmetros procedimentais, o Congresso Nacional por vezes estabelece prazos para que as agências desempenhem suas funções regulatórias, como ocorre com as iniciativas que determinam prazos para a Anvisa registrar e renovar o registro de medicamento (BRASIL, 2000e). A Casa legislativa intervém também no processo administrativo sancionador das agências, estabelecendo as sanções cabíveis em caso de infrações administrativas dos agentes regulados sujeitas a sanções (BRASIL, 2004a).

Quanto aos parâmetros substantivos, o Congresso Nacional apresenta, por exemplo, propostas legislativas em que procura definir critérios para a fixação de preços de serviços regulados, como os serviços aéreos, por exemplo (BRASIL, 2006a), ou de medicamentos (BRASIL, 2015e). Em grau ainda maior, propõe iniciativas envolvendo gestão tarifária de serviços concedidos. Há, nesse sentido, projetos que estabelecem isenção ou valores diferenciados para grupos específicos de consumidores ou usuários em situação de vulnerabilidade (BRASIL, 2007c).

No que diz respeito à regulação do comportamento de agentes econômicos regulados, destacam-se as proposições em que o Congresso Nacional exige, proíbe e estimula certos comportamentos de agentes econômicos regulados. Há, nesse sentido, projetos de lei que estabelecem requisitos para autorização ou registro de grupos de agentes econômicos regulados (BRASIL, 2006b). Em diversas iniciativas, propõem-se expressamente obrigações (BRASIL, 2008b), proibições (BRASIL, 2009f), restrições (BRASIL, 2000c) e estímulos (BRASIL, 2007d) ao modo de agir dos agentes econômicos regulados. Em outros, o Poder Legislativo dispensa (BRASIL, 2016e) ou autoriza (BRASIL, 2007d) o agente regulado a agir de determinada forma, limitando, assim, o poder da agência reguladora para proibir tal conduta. Há também os casos em que o Congresso decide por si próprio estabelecer as condições e os parâmetros sob os quais tais bens e serviços deverão ser realizados (BRASIL, 2010).

O Congresso Nacional propõe ainda, com alguma frequência, iniciativas que versam sobre direitos dos consumidores e usuários de serviços (BRASIL, 2017a), bem como dos próprios agentes regulados (BRASIL, 2009e).

Por fim, há também iniciativas esparsas para regular o investimento estrangeiro em setores regulados (BRASIL, 2007e), bem como projetos de lei que visam consolidar a legislação de um determinado setor (BRASIL, 2011d).

3 Iniciativas legislativas em números

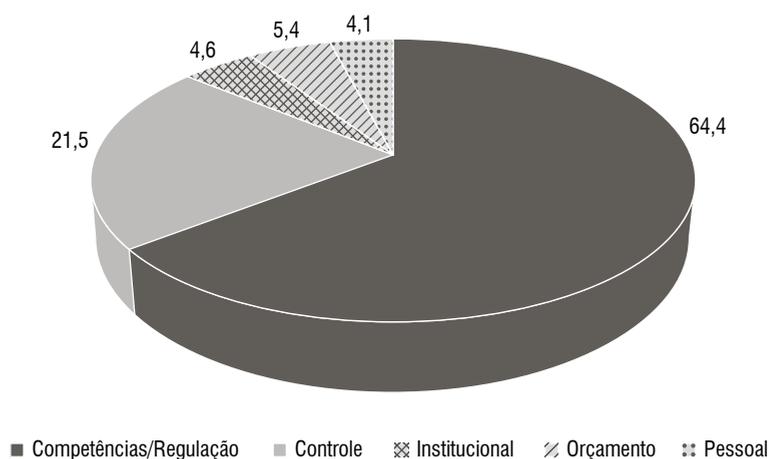
Como se observou no item anterior, os projetos de lei objeto do presente estudo foram classificados nas categorias “orçamento”, “pessoal”, “controle”, “institucional” e “competências/regulação”.

A categoria “competências/regulação” foi a que concentrou o maior número de projetos de lei (64,4%). Com efeito, das 689 iniciativas legislativas, 444 foram introduzidas com o objetivo de criar, ampliar, modificar ou reduzir as competências normativas e fiscalizatórias de uma ou mais agências reguladoras, ou de estabelecer parâmetros procedimentais e substantivos para o exercício dessas mesmas competências.

A segunda categoria mais recorrente foi a de “controle”, concentrando 21,5% das iniciativas legislativas. As categorias “institucional”, “orçamento” e “pessoal” aparecem com menor frequência, conforme se vê nos gráficos 2 e 3.

Gráfico 2

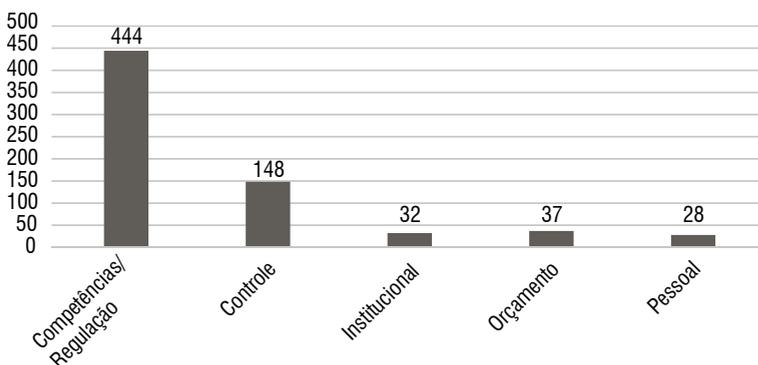
Percentual de iniciativas legislativas por categoria (%)



Fonte: elaborado pelos autores.

Gráfico 3

Iniciativas legislativas por categoria (número de casos)



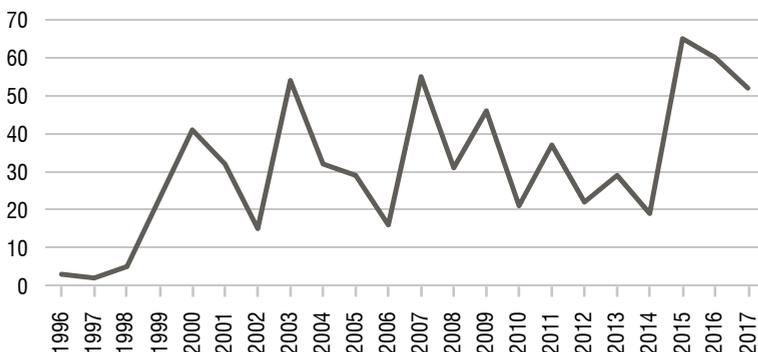
Fonte: elaborado pelos autores.

A atuação legiferante do Congresso Nacional em relação às agências reguladoras foi permanente desde a criação da primeira agência reguladora. De 1996 a 2017, não houve um ano sequer em que não fossem propostos novos projetos de lei envolvendo essas entidades.

Uma análise da distribuição dessas iniciativas legislativas no tempo permite verificar que a atuação do Congresso Nacional cresce no início dos mandatos presidenciais. Na administração de Luiz Inácio Lula da Silva (1º/1/2003-1º/1/2011) e de Dilma Vana Rousseff (1º/1/2011-31/8/2016), o primeiro ano de cada mandato foi aquele em que houve a submissão do maior número de iniciativas sobre agências reguladoras.

Gráfico 4

Iniciativas legislativas ao longo do tempo



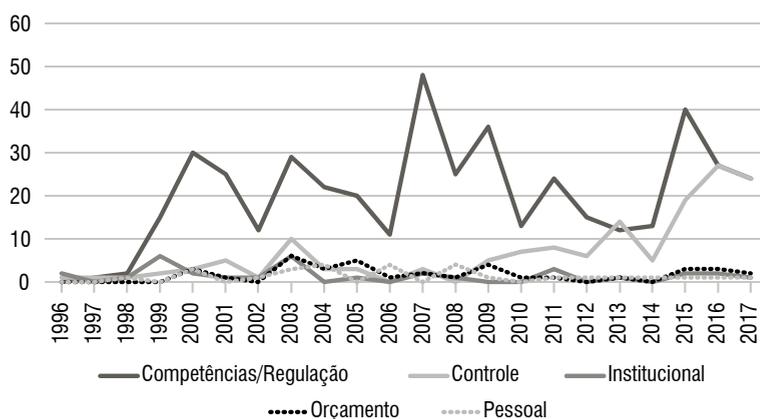
Fonte: elaborado pelos autores.

Diferentemente, no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, a maior concentração de projetos de lei foi no segundo ano, um ano depois da criação da Anvisa, tendo a propositura de diversos projetos de lei sido impulsionada pelos trabalhos da CPI dos Medicamentos.

As iniciativas apresentadas no início dos mandatos presidenciais concentram-se na temática “competências/regulação”, conforme se pode ver no gráfico 5. Os projetos envolvendo “controle” das agências, segunda temática mais recorrente, observam esse padrão apenas no primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva e no segundo mandato de Dilma Rousseff.

Gráfico 5

Iniciativas legislativas por categoria ao longo do tempo



Fonte: elaborado pelos autores.

Verifica-se, para ambas as categorias, um crescimento expressivo no número de proposições em 2015, correspondente ao primeiro ano do segundo mandato de Dilma Rousseff. O crescimento coincidente de iniciativas legislativas sobre “competências/regulação” e “controle” em 2015 contribuiu para que fosse o ano em que houve o maior número de iniciativas legislativas sobre agências reguladoras em toda a série histórica.

O crescimento do número de iniciativas legislativas sobre “controle” em 2015 e 2016 deveu-se sobretudo à propositura de Projetos de Decreto Legislativo (PDCs), que têm por objetivo sustar atos normativos das agências reguladoras. Em 2015, 12 dos 19 projetos legislativos iniciados na Câmara eram PDCs, e o número aumentou para 23 num total de 24 projetos legislativos iniciados em 2016. Enquanto em 2015 houve uma concentração de PDCs visando sustar atos normativos da Aneel, em 2016, o uso desse instrumento legislativo voltou-se especialmente para a anulação de atos

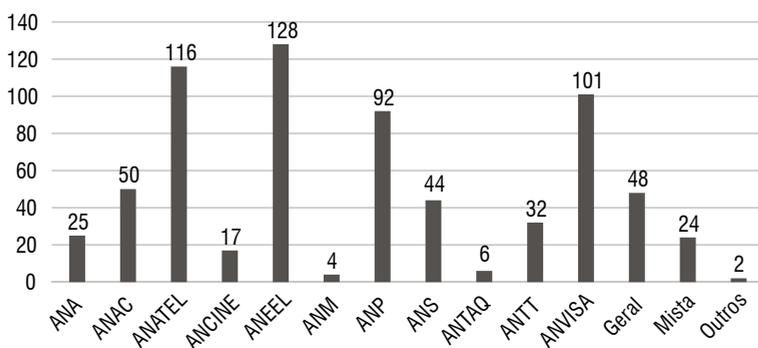
normativos da Anac. O crescimento quantitativo de PDCs ao longo do tempo merece ser destacado, pois denota que o Poder Legislativo tem ampliado o seu controle sobre as normas produzidas no âmbito das agências reguladoras, entendendo que elas estariam usurpando competências privativas do Poder Legislativo. Uma hipótese que merece ser objeto de futura investigação é se o aumento de PDCs tem alguma correlação com a observação de fenômenos que têm sido associados à redução de autonomia das agências reguladoras, como a nomeação de diretores interinos e o contingenciamento orçamentário, e se haveria razões específicas para a sua concentração em atos da Aneel e da Anac, respectivamente, em 2015 e 2016.

O gráfico 5 mostra que 2007 foi o ano que concentrou o maior número de iniciativas legislativas, somente superado por 2015. Isso se deve, sobretudo, ao grande número de iniciativas legislativas sobre “competências/regulação” apresentadas naquele ano. Das 55 iniciativas legislativas apresentadas no período, 48 tratavam de competências das agências reguladoras.

Das onze agências federais até hoje constituídas, a Aneel, Anatel, Anvisa e ANP – nessa ordem – são as agências que mais frequentemente aparecem como objeto de iniciativas legislativas. Reunidas, concentraram 63,5% das propostas examinadas.

Gráfico 6

Número de iniciativas legislativas por agência



Fonte: elaborado pelos autores.

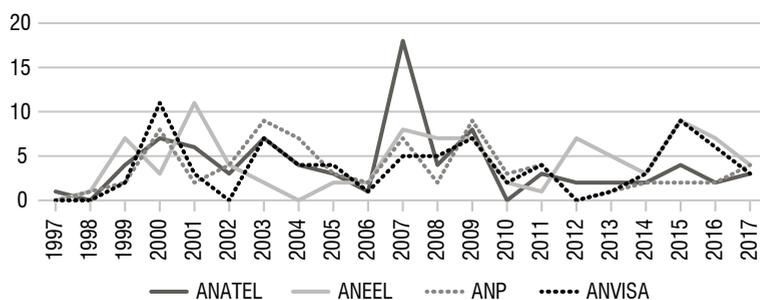
Aneel, Anatel, Anvisa e ANP são também as agências reguladoras que mais concentraram iniciativas legislativas sobre competências. Mais de 70% de todas as iniciativas enquadraram-se nessa categoria.²³

²³ De todos os projetos envolvendo essas agências, os percentuais sobre competências foram os seguintes: ANP – 80%, Anvisa – 76,2%, Anatel – 72,4% e Aneel – 71,8%.

Como já explicitado no item anterior, iniciativas legislativas que tratam de competências têm por objetivo definir o escopo de atuação das agências e os limites de sua autonomia administrativa e decisória. Restará a futuras investigações testar hipóteses sobre por que o Legislativo teria com mais frequência o ímpeto de modificar o espectro de atuação dessas agências.

Gráfico 7

Iniciativas legislativas sobre competências/regulação por agência



Fonte: elaborado pelos autores.

Há grande variação nos temas das proposições legislativas envolvendo competências. Tomando o exemplo da Anatel, 2007 foi o ano que concentrou o maior número de proposições sobre competências dessa agência. Os temas tratados nesses projetos foram variados, incluindo regulação do serviço de TV a cabo, imposição de novas obrigações às operadoras de serviço de telefonia e gestão tarifária. Por sua vez, em 2003 a ANP foi a agência que mais demandou atenção dos congressistas, com projetos de lei tratando de direitos dos consumidores de combustíveis e diversas obrigações das concessionárias de produção e comercialização de petróleo e derivados.

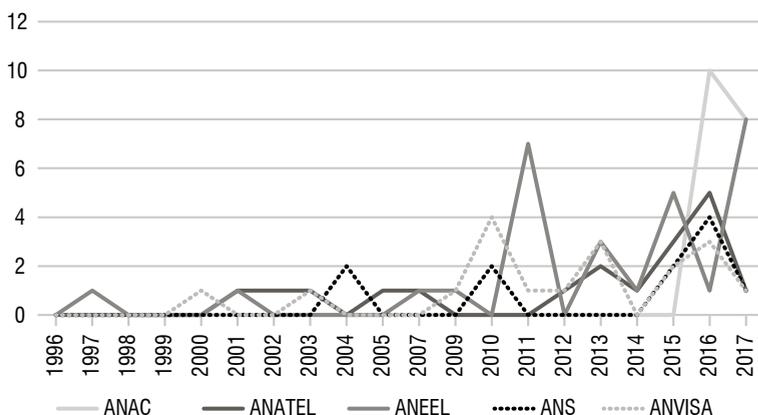
Temas conjunturais também parecem afetar o comportamento do Congresso Nacional em relação às competências das agências reguladoras. Esses projetos de lei costumam ser propostos com o objetivo de instituir políticas ou responder a crises dos setores regulados. Em 2000, ano dos trabalhos da CPI dos Medicamentos, diversos projetos de lei foram propostos, inclusive pela própria CPI, visando regular a produção e comercialização de medicamentos (BRASIL, 2000d). Em 2001, ano do programa de racionamento de energia elétrica, um número expressivo de projetos de lei sob a alçada da Aneel foi proposto pela base governista para estimular a produção de fontes alternativas de energia (BRASIL, 2001a). Em 2009, logo após a Petrobras iniciar a extração de óleo no Pré-sal, diversos projetos de lei foram propostos pela base governista para regular o tema (BRASIL, 2009d).

Quanto às iniciativas sobre controle, as agências Aneel, Anatel, Anac, Anvisa e ANS foram as mais visadas pelos congressistas.

Conforme se pode ver no gráfico 8, os anos de 2003, 2013 e de 2015 em diante foram os que concentraram maior número de iniciativas legislativas sobre “controle”. Quase dois terços das iniciativas sobre “controle” concentraram-se nesses anos.

Gráfico 8

Iniciativas legislativas sobre controle por agência



Fonte: elaborado pelos autores.

Em 2003, foram propostos três PDCs visando, cada um, anular atos normativos da Anatel, Anvisa e ANP. Além disso, em 2003 os parlamentares submeteram projetos de lei de caráter mais geral, com o objetivo de instituir instrumentos de controle a um grupo ou à totalidade das agências reguladoras. Foram propostos, nesse sentido, projetos de lei que versavam sobre limitações ao exercício profissional de diretores de agências, obrigatoriedade da realização de audiências públicas para certas matérias, deveres de prestação de contas das agências ao Congresso Nacional, exoneração de dirigentes das agências e criação de instâncias recursais para as decisões das agências. Uma hipótese para futura investigação reside em observar que o ano de 2003 marca o início do primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva como chefe do Poder Executivo, com a ascensão do Partido dos Trabalhadores ao poder. Tratava-se inicialmente de um governo crítico às agências reguladoras²⁴, o que pode ter suscitado um movimento tendente a um maior controle das agências pelo Poder Legislativo.

²⁴ Ver, nesse sentido, reportagens sobre o tema: Vinhas (2007) e Scolese (2002).

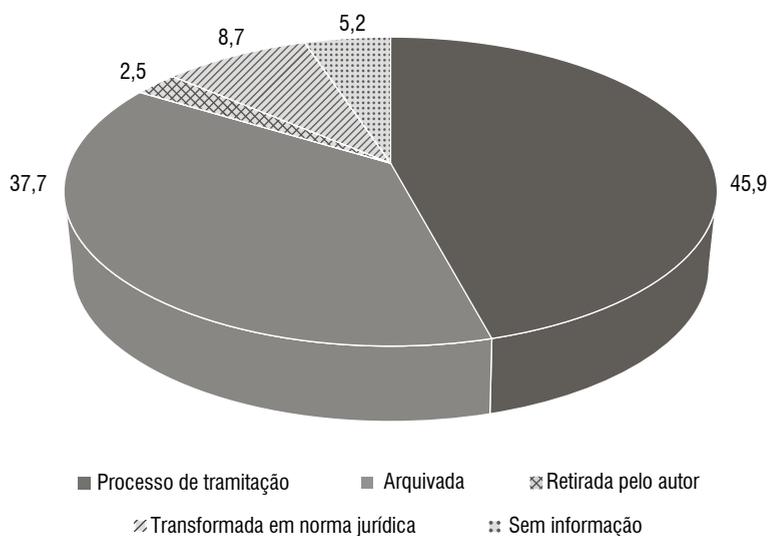
Em 2013, o Congresso Nacional apresentou oito PDCs que visavam anular atos da Aneel, Anatel, Anvisa e ANP. Naquele ano também foram propostos projetos de caráter geral versando sobre nomeação de diretores e sobre transparência, gestão, organização e controle social das agências.

De 2015 em diante, o Congresso Nacional passou a fazer uso extensivo dos PDCs para sustar atos das agências reguladoras. Foram propostos 15 PDCs em 2015, 23 em 2016 e 21 em 2017. Embora nesse período tenham sido propostos PDCs com o objetivo de sustar atos de oito agências, a Anac²⁵ e, em segundo lugar, a Aneel, foram as agências reguladoras mais visadas.

De todo o rol de iniciativas legislativas, apenas 8,7% foram transformadas em normas jurídicas; 45,9% ainda seguem tramitando, 37,7% foram arquivadas e 2,5% foram retiradas pelo autor, sendo que não foi possível identificar a situação processual de 5,2% dos projetos examinados.

Gráfico 9

Situação processual das iniciativas legislativas examinadas



Fonte: elaborado pelos autores.

Quando a situação processual das proposições legislativas é analisada por categorias, verifica-se que, até o presente momento, as iniciativas sobre “controle” são aquelas com menor propensão para se transformarem em normas jurídicas. Das 148 proposições legislativas apresentadas, apenas uma – equivalente a 0,67% das iniciativas – transformou-se em norma

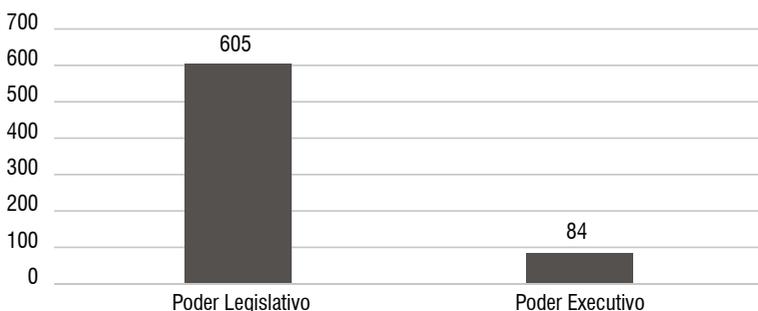
²⁵ A Resolução nº 400/2016 (BRASIL, 2016a), da Anac, que dispõe sobre condições gerais do transporte aéreo, foi o principal ato normativo impugnado.

jurídica. Esse resultado mostra que a grande maioria dos projetos legislativos que visam ampliar o controle sobre atos das agências reguladoras não tem logrado êxito. De todo modo, o crescimento recente da utilização de PDCs como instrumento de controle do Congresso Nacional pode estar apontando para uma nova era na relação entre o Poder Legislativo e as agências reguladoras, a merecer análise mais aprofundada no futuro.

O Poder Legislativo é o principal autor das proposições que versam sobre agências reguladoras. Apenas 12,2% dos projetos foram originários do Poder Executivo, conforme se verifica no gráfico 10.

Gráfico 10

Poder originário das iniciativas legislativas

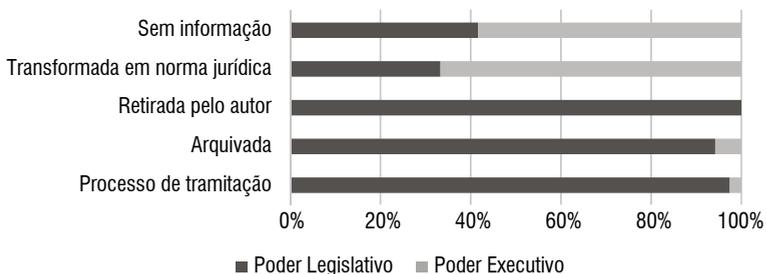


Fonte: elaborado pelos autores.

No entanto, dois terços das proposições legislativas que se transformaram em norma jurídica são originários do Executivo, conforme o gráfico 11.

Gráfico 11

Situação processual das proposições conforme o poder originário dos projetos

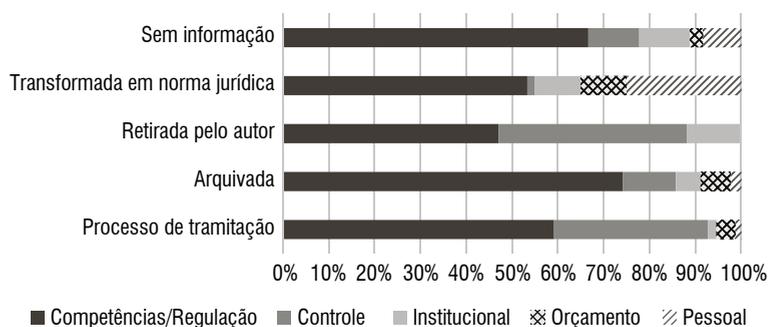


Fonte: elaborado pelos autores.

O Poder Executivo, portanto, embora seja autor de um número muito menor de proposições legislativas sobre agências reguladoras, é mais eficaz na aprovação desses projetos. Isso pode ser mais bem evidenciado quando se analisa a situação processual das iniciativas legislativas por categoria.

Gráfico 12

Situação processual por categoria



Fonte: elaborado pelos autores.

As proposições sobre “controle”, com uma exceção, foram todas propostas pelo Poder Legislativo. Como já observado, parte significativa dos projetos de lei sobre controle correspondem a tentativas do Congresso Nacional de sustar atos normativos das agências reguladoras. Dos 99 PDCs submetidos, 27 (cerca de 29%) foram arquivados ou retirados pelo autor e o restante se encontra em processo de tramitação.

Observem-se, no entanto, as iniciativas legislativas da categoria “orçamento”. Das 37 proposições legislativas submetidas à apreciação do Congresso, apenas oito (21,62%) foram iniciadas pelo Poder Executivo. No entanto, cinco dos seis projetos (83,3%) sobre “orçamento” até hoje convertidos em norma jurídica são originários do Poder Executivo.

A base parlamentar governista é autora de 64% dos projetos de lei sobre agências reguladoras, conforme se visualiza no gráfico 13²⁶.

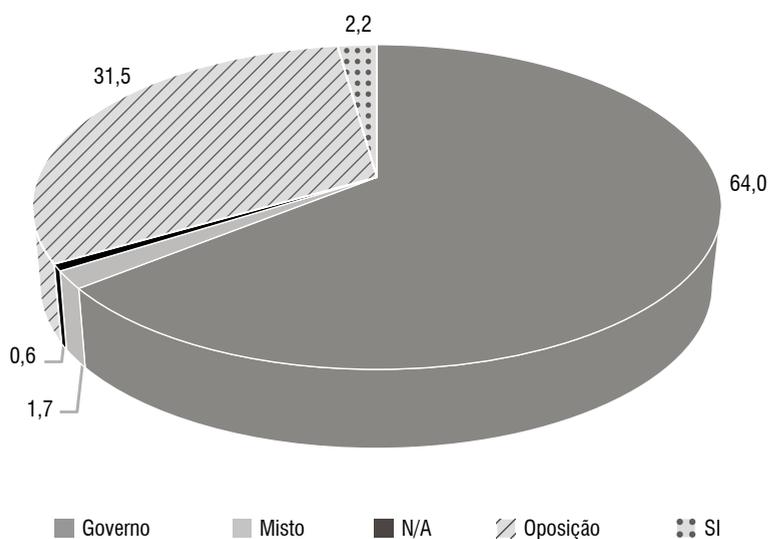
Esse número mantém-se constante em todas as categorias, exceto na categoria “pessoal”, em que 87,8% das iniciativas legislativas provém da base governista.²⁷

²⁶ A classificação dos partidos como pertencentes à coalizão de governo para todo o período considerado foi extraída de duas fontes: de 1995 a 2010, em Lameirão (2015); e, de 2011 em diante, em Pereira (2017).

²⁷ Isso se explica pelo fato de que o Poder Executivo é o principal autor dos projetos de lei da categoria pessoal.

Gráfico 13

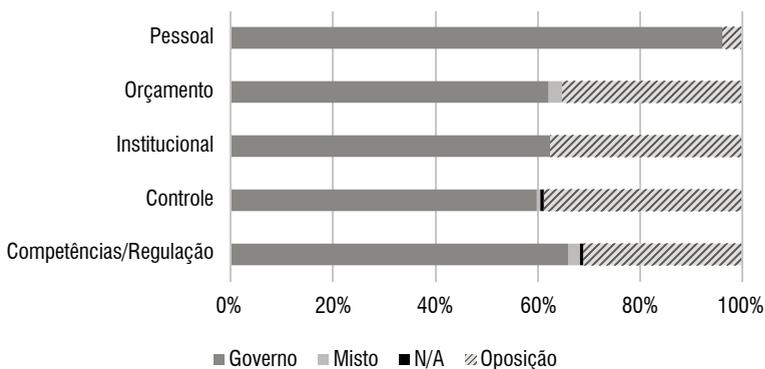
Base política das iniciativas legislativas



Fonte: elaborado pelos autores.

Gráfico 14

Base política das iniciativas legislativas por categoria

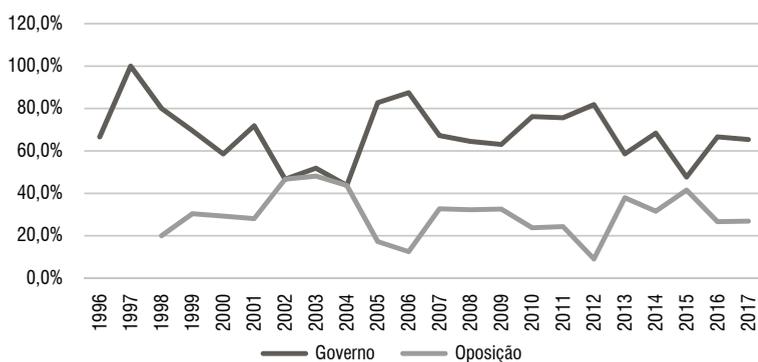


Fonte: elaborado pelos autores.

Em todos os anos, a base governista foi responsável pela propositura de, pelo menos, 50% das iniciativas legislativas propostas em cada ano. De 2005 a 2012, esse número manteve-se acima de 60%, com uma ligeira queda em 2015, primeiro ano do segundo mandato de Dilma Rousseff.

Gráfico 15

Percentual de iniciativas legislativas da base política por ano

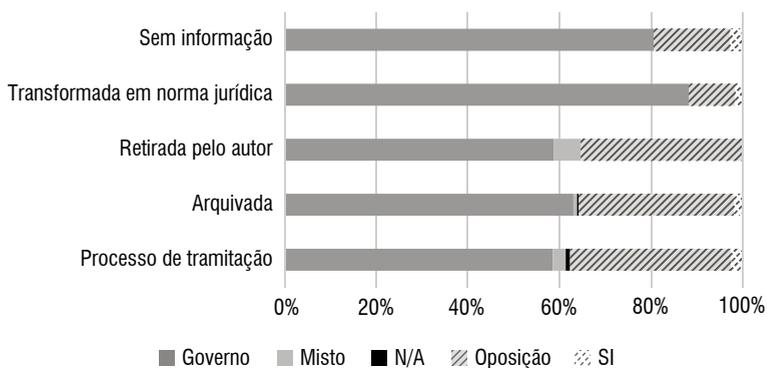


Fonte: elaborado pelos autores.

No total, 441 projetos de lei foram apresentados pela base governista, o que corresponde a 64% das iniciativas legislativas analisadas. No entanto, 88,3% dos projetos transformados em norma jurídica são da base governista, sendo esta mais eficaz no processo legislativo.

Gráfico 16

Situação processual das iniciativas legislativas por base política por autor



Fonte: elaborado pelos autores.

Considerações finais

Mais do que respostas, este artigo apresenta os resultados de uma análise exploratória que buscou colher subsídios para a descrição do

panorama do processo legislativo em âmbito federal voltado ao tema das agências reguladoras federais.

Neste estudo, foi possível confirmar a existência de um número considerável de iniciativas legislativas que buscam modificar a atuação das agências reguladoras federais, seja do ponto de vista procedimental, seja do ponto de vista substantivo. O número elevado de projetos de lei reunidos sobre as categorias “competências/regulação” e “controle”, com base na definição dessas categorias realizada pelos autores, permite confirmar isso.

O levantamento realizado também permitiu constatar que essas iniciativas legislativas, que buscam estruturar a organização e funcionamento das agências, não são estanques. Elas se modificam ao longo do tempo, intensificando-se em períodos pós-eleitorais e em situações de crise institucional ou econômico-financeira. Além disso, modificam-se em suas estratégias. A intensificação do uso do PDCs para anular atos de agências a partir de 2015 é apenas um exemplo.

Neste estudo foi possível mapear quem são os proponentes das iniciativas legislativas envolvendo agências reguladoras. Foi possível identificar também quais são as principais estratégias legislativas adotadas pelos parlamentares para disciplinar as agências.

O levantamento da situação processual das iniciativas legislativas permitiu ainda levantar hipóteses, a serem futuramente testadas, de que projetos de lei iniciados pela base parlamentar governista ou pelo Poder Executivo têm mais chance de ser aprovados. No entanto, esse desempenho parlamentar varia conforme a categoria da iniciativa legislativa, o que deverá ser mais bem explorado em estudos futuros.

Não se tem conhecimento, até a elaboração deste artigo, de estudo prévio que tenha codificado e mensurado a produção do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. Desse modo, entende-se que a pesquisa cumpriu o seu objetivo de suprir essa lacuna, ao trazer os resultados de estudo descritivo-exploratório sobre a atuação do Congresso Nacional na estruturação das agências reguladoras. Nesse sentido, o artigo lança as bases para a construção de uma agenda de pesquisa ainda não desenvolvida no Brasil e aponta para a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o uso estratégico dos instrumentos de controle das agências reguladoras federais.

Sobre os autores

Eduardo Jordão é doutor em Direito pela Universidade de Paris I, Paris, Île-de-France, França; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: eduardo.jordao@fgv.br

Leandro Molhano Ribeiro é doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: leandro.ribeiro@fgv.br

Natasha Schmitt Caccia Salinas é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: natasha.salinas@fgv.br

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio é doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; docente do curso de graduação em Direito e do programa de mestrado em Direito da Regulação da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: patricia.pinheiro@fgv.br

Este trabalho é um produto do projeto Regulação em Números financiado pela Rede de Pesquisa e Conhecimento Aplicado da FGV.

Como citar este artigo

(ABNT)

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Leandro Molhano; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 75-107, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p75

(APA)

Jordão, E., Ribeiro, L. M., Salinas, N. S. C., & Sampaio, P. R. P. (2019). A produção legislativa do Congresso Nacional sobre agências reguladoras. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 75-107. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p75

Referências

BIBLIOTECA virtual. *Agência Nacional de Energia Elétrica*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <http://biblioteca.aneel.gov.br/index.html>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016*. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. [Brasília, DF]: Agência Nacional de Aviação Civil, 2016a. Disponível em: http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo nº [311], de 2011*. Susta a aplicação do disposto no Art. 218 da Resolução Normativa da ANEEL nº 414, de 09.09.2010. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2011a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=889797&filename=PDC+311/2011. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo nº [576], de 2016*. Susta o Art. 13 da Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, da Agência Nacional de Aviação Civil –

ANAC. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2016b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1519184&filename=PDC+576/2016. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº [68], de 2007*. Veda o contingenciamento de dotações das agências reguladoras. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=465046&filename=PLP+68/2007. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº [73], de 2011*. Inclui as despesas com combate ao uso de drogas, incluindo o tratamento de seus usuários, entre as protegidas dos contingenciamentos orçamentários na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2011b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=895925&filename=PLP+73/2011. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar nº [471], de 2009*. Modifica o parágrafo 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=649211&filename=PLP+471/2009. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara, de 2003*. Dispõe sobre a sede da Agência Nacional do Petróleo – ANP e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=163738. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei de Conversão nº 16, de 2005*. Abre, em favor da Presidência da República, dos Ministérios dos Transportes, da Cultura e do Planejamento, Orçamento e Gestão e de Encargos Financeiros da União, crédito extraordinário no valor global de R\$ 393.323.000,00, para os fins que especifica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2005a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=317437&filename=PLV+16/2005+%3D%3E+MPV+245/2005. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [845], de 2015*. Altera a Lei nº 12.587, de 2012, e a Lei nº 10.233, de 2001, para tratar da informação ao usuário sobre a composição tarifária dos serviços de as passagens do transporte. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1311483&filename=PL+845/2015. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [906], de 2007*. Altera a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=455355&filename=PL+906/2007. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.178], de 2007*. Cria benefícios sobre tarifas dos serviços públicos de energia elétrica, de água e de telefonia, para consumidores de baixa renda a desempregados, enfermos e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=464630&filename=PL+1178/2007. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.539], de 2015*. Estabelece a obrigatoriedade de realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR pelas Agências Reguladoras no âmbito da Administração Federal. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1334093&filename=PL+1539/2015. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.601], de 2011*. Modifica a natureza jurídica do escritório central de arrecadação e distribuição de direitos de que trata o art. 99 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2011c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=889231&filename=PL+1601/2011. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.666], de 2003*. Altera a Lei nº 9.782, de 1999, para estabelecer valor da taxa de fiscalização de vigilância sanitária nos casos que específica. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=153621&filename=PL+1666/2003. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.721], de 2007*. Estimula a adição de ácido fólico na produção de pães. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007d. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=489092&filename=PL+1721/2007. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [1.760], de 2007*. Altera dispositivos da Lei nº 7.565, de 1986, e da Lei nº 11.182, de 2005, para extinguir a limitação à participação do capital estrangeiro nas empresas concessionárias de serviços públicos de transporte aéreo. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2007e. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=490953&filename=PL+1760/2007. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.006], de 2011*. Consolida a legislação brasileira de telecomunicações e de radiodifusão. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2011d. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=907275&filename=PL+2006/2011. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.057], de 2003*. Altera dispositivos das Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; nº 9.472 de 16 de julho de 1997; nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 e nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166550&filename=PL+2057/2003. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2.315, de 2000*. Torna obrigatória a realização de audiências públicas sobre os aumentos propostos nas tarifas ou preços praticados pelas empresas prestadoras de serviços públicos antes que os mesmos sejam autorizados pelas respectivas agências reguladoras setoriais e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2000a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17943>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.450], de 2003*. Institui taxas de autorização, registro e fiscalização relativas às atividades integrantes da indústria do petróleo e às atividades integrantes do abastecimento nacional de combustíveis. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003d. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=179359&filename=PL+2450/2003. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.594], de 2003*. Determina que as agências reguladoras de serviços públicos descentralizados prestem contas de suas atividades à Comissão de Infra-estrutura do Senado Federal e às Comissões Técnicas da Câmara dos Deputados cujo conteúdo temático abranja os serviços regulados. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2003e. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=184318&filename=PL+2594/2003. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.670], de 2015*. Institui a Agência Nacional de Serviços Bancário – ANSBAN, nos termos que requer. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1373578&filename=PL+2670/2015. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.811], de 2011*. Altera o art. 3º e revoga o art. 13 e o art. 16, todos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências [...]. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2011e. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=945242&filename=PL+2811/2011. Acesso em: 11 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.860, de 1997*. Dá nova redação ao art. 4º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que “institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências”. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF,

ano 52, n. 77, p. 11.908-11.909, 9 maio 1997. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09MAI1997.pdf#page=36>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [3.041], de 2015*. Acrescenta parágrafo ao artigo 3º da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, para destinar valores de multas e outras fontes de receita do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015d. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=74C4FD2A8A99B8947B92E7D839A5010F.proposicoesWebExterno2?codteor=1387647&filename=PL+3041/2015. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 3.156, de 2000*. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 55, n. 99, p. 29.441-29.444, 2 jun. 2000c. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02JUN2000.pdf#page=35>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.320, de 2000*. Altera dispositivos da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2000d. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3320&intAnoProp=2000&intParteProp=1#/.](http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3320&intAnoProp=2000&intParteProp=1#/) Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.325, de 2000*. Dispõe sobre o prazo de pronunciamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária às solicitações de registros de medicamentos genéricos. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2000e. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3325&intAnoProp=2000&intParteProp=1#/.](http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegralImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=3325&intAnoProp=2000&intParteProp=1#/) Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [3.811], de 2015*. Altera a Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, para coibir a prática de preços abusivos de combustíveis. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015e. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1419577&filename=PL+3811/2015. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei [nº 3.946, de 2008]*. Cria cargos no Quadro de Pessoal Permanente da Agência Nacional de Cinema – ANCINE, de que trata a Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2008a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=595186&filename=PL+3946/2008. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.030], de 2012*. Estabelece que uma das vagas da diretoria da ANEEL, ANATEL, ANP, ANAC e ANS será preenchida por representante dos consumidores. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=999616&filename=PL+4030/2012. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.113], de 2015*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que “dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde” e a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que “cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências” [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015f. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1425353&filename=PL+4113/2015. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4.285, de 1998*. Dispõe sobre a criação da figura do ouvidor, como representante dos consumidores junto à ANEEL e a ANATEL, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 1998. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=220291>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.301], de 2004*. Dispõe sobre o selo de qualidade de combustíveis e sobre penalidades para os revendedores varejistas que

comercializarem combustíveis automotivos adulterados. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2004a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246279&filename=PL+4301/2004. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.393], de 2008*. Dispõe sobre a obrigatoriedade de ressarcimento das operadoras de planos de saúde ao Sistema Único de Saúde e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2008b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=618742&filename=PL+4393/2008. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.560], de 2004*. Autoriza as Agências Reguladoras a remunerar os Conselhos de Consumidores pertinentes às suas áreas de atuação nas condições que especifica. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2004b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=256385&filename=PL+4560/2004. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [4.708], de 2016*. Estabelece rubricas orçamentárias próprias para as agências reguladoras federais, distintas das dos ministérios aos quais estão vinculadas. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2016c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1442219&filename=PL+4708/2016. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.086], de 2005*. Dispõe sobre o aprimoramento dos portos para incremento do comércio exterior e sobre a exportação no âmbito da indústria de construção naval, cria a Agência Nacional de Desenvolvimento de Portos e Indústria de Construção Naval e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2005b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=298192&filename=PL+5086/2005. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.210, de 2001*. Cria o Programa de Incentivos a Energias Renováveis – Pier, e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2001a. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5210&intAnoProp=2001&intParteProp=1#. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.514], de 2009*. Dispõe sobre o incentivo a energias limpas e renováveis, objetivando fomentar e integrar as regiões brasileiras no mercado de energias limpas, proporcionando o incentivo a investimentos e coeficientes na geração de energia. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=668403&filename=PL+5514/2009. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.729], de 2009*. Acrescenta parágrafo ao art. 7º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=676658&filename=PL+5729/2009. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.737], de 2013*. Acrescenta o art. 5º-A à Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, dispondo sobre a nomeação de membros do Conselho Diretor ou Diretoria de agências reguladoras federais. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2013a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1097516&filename=PL+5737/2013. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.810], de 2013*. Dispõe sobre a transparência na tomada de decisão no âmbito das agências reguladoras. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2013b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1101985&filename=PL+5810/2013. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.825], de 2013*. Cria os Conselhos de Julgamento de Recursos interpostos contra decisões das Agências Reguladoras, e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2013c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1101985&filename=PL+5825/2013. Acesso em: 17 jan. 2019.

gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1102952&filename=PL+5825/2013. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei [nº 5.865, de 2016]*. Altera a remuneração de servidores públicos, estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho às aposentadorias e pensões e dá outras providências. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados], 2016d. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1479178&filename=PL+5865/2016. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.919, de 2001*. Dispõe sobre o repasse de recursos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para as Universidades mediante convênios de cooperação técnica. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2001b. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5919&intAnoProp=2001&intParteProp=1#/.](http://imagem.camara.gov.br/MostraIntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=5919&intAnoProp=2001&intParteProp=1#/) Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei [nº 5.938, de 2009]*. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009d. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=686063&filename=PL+5938/2009. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.987, de 2001. Substitui parágrafo do artigo 9º da Lei nº 9.984 de 17 de julho de 2000 que “Dispõe sobre a Criação da Agência Nacional de Água – ANA”. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, ano 57, n. 29, p. 11.676-11.677, 2 abr. 2002. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02ABR2002.pdf#page=78>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5.988, de 2001*. Altera redação do Art. 31 da Lei nº 9.472, de 1997 que “Dispõe sobre a Organização dos Serviços de Telecomunicações”. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2001c. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=42545>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [5.994], de 2016*. Altera a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que “define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências”, para fixar os requisitos a serem observados para a dispensa de registro [...]. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2016e. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1482190&filename=PL+5994/2016. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [6.263], de 2009*. Revoga os dispositivos da Lei nº 11.775, de 17 de setembro de 2008. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2009e. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=705142&filename=PL+6263/2009. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.388, de 2009*. Dispõe sobre proibição de utilização de substância tóxica que especifica, na confecção de garrafas e copos descartáveis de plástico, fora dos limites estabelecidos, e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2009f. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1273258&filename=PL+6388/2009. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [7.395], de 2006*. Define critérios para fixação dos valores das passagens áreas nacionais. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2006a. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=412727&filename=PL+7395/2006. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *[Projeto de Lei nº 7.419, de 2006]*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2006b. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FC56ACA9FE97CD76EACE6F1D470A0280.proposicoesWebExterno2?codteor=413919&filename=PL+7419/2006. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [8.961], de 2017*. Altera o art. 49 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para regular o

exercício do direito de arrependimento na contratação de serviços de transporte aéreo de passageiros. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017a. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1614517&filename=PL+8961/2017. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004*. Dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.871.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 791, de 25 de julho de 2017*. Cria a Agência Nacional de Mineração e extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral. Brasília, DF: Presidência da República, 2017c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv791.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei de Conversão nº 37, de 2017*. Cria a Agência Nacional de Mineração e extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral. [Brasília, DF: Senado Federal], 2017d. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7240639&disposition=inline>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Senado Federal. [*Projeto de Lei do Senado nº 8.218, de 2014*]. Altera o art. 8º da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que “dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências”, para estender, de 4 (quatro) meses para 6 (seis) meses, o período de quarentena a que está sujeito o ex-dirigente de agência reguladora. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1291907&filename=PL+8218/2014. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei 7.173, de 2010*. Altera a Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007, que “dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980” [...]. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=758560&filename=PL+7173/2010. Acesso em: 16 jan. 2019.

CHAFETZ, Josh. *Congress's Constitution: legislative authority and the separation of powers*. New Haven: Yale University Press, 2017.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Autonomia financeira das agências reguladoras dos setores de infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18341/autonomia-financeira-das-agencias-reguladoras-dos-setores-de-infraestrutura-no-brasil-2016%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 jan. 2019.

GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia (org.). *Autonomia financeira das agências reguladoras*. Curitiba: Juruá, 2016.

HANCHER, L.; MORAN, M. Organizing regulatory space. In: BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher (org.). *A reader on regulation*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1998. p. 148-172.

JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como desestruturar uma agência reguladora em 3 passos simples. *Jota*, [São Paulo], 1^o nov. 2016. Disponível em: https://www.jota.info/?pagename=paywall&redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-desestruturar-uma-agencia-reguladora-em-3-passos-simples-01112016. Acesso em: 17 jan. 2019.

LAMEIRÃO, Camila Romero. *O papel da presidência na gestão da coordenação política governamental: arranjos e dinâmicas de poder com a coalizão (1995-2010)*. Brasília, DF: Ipea, 2015. (Texto para Discussão, v. 2.041). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2041.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019.

MCCUBBINS, Mathew D.; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. Administrative procedures as instruments of political control. *Journal of Law, Economics, and Organization*, [Oxford, UK], v. 3, n. 2, p. 243-277, 1987. Disponível em: http://mccubbins.us/mccubbins_files/AdministrativeProceduresInstrumentsPoliticalControl.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019.

MCGARITY, Thomas O. Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process. *Duke Law Journal*, [Durham, NC], v. 41, p. 1.385-1.462, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3189&context=dlj>. Acesso em: 17 jan. 2019.

_____. The courts and the ossification of rulemaking: a response to professor Seidenfeld. *Texas Law Review*, [Austin, TX], v. 75, p. 525-558, 1997.

PEREIRA, Celina. *Medindo a governabilidade no Brasil: o presidencialismo de coalizão nos governos FHC, Lula e Dilma*. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23942/1/2017_CelinaPereira.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019.

PESQUISA avançada. *Câmara dos Deputados*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>. Acesso em: 17 jan. 2019.

PIERCE JUNIOR, Richard. Seven ways to deossify agency rulemaking. *Administrative Law Review*, [Chicago], v. 47, n. 1, p. 59-95, 1995. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/40709769?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 17 jan. 2019.

RESOLUÇÕES da Anatel. *Agência Nacional de Telecomunicações*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/>. Acesso em: 17 jan. 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (coord.). *Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva*. [São Paulo]: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/GRP_arquivos/sumario_executivo_grp_-_pep_01.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019.

SCOLESE, Eduardo. PT quer diminuir poder de agências reguladoras do setor de transportes. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 9 dez. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0912200207.htm>. Acesso em: 17 jan. 2019.

VINHAS, Guilherme. O presidente e as agências reguladoras. *Estadão*, [São Paulo], 7 jul. 2007. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-presidente-e-as-agencias-reguladoras,26179>. Acesso em: 17 jan. 2019.

XAVIER, Erison Honda. Estudo sobre a autonomia financeira e orçamentária da Agência Nacional de Energia Elétrica, analisada a partir do contingenciamento e da vinculação de despesas no orçamento público federal no período compreendido entre 2000 e 2009. *Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, DF, n. 11, p. 113-135, dez. 2011. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/arquivos-gerais/arquivo.2014-05-21.1470162729>. Acesso em: 17 jan. 2019.

Quando o grafite é coberto de cinza

Solução de conflito à luz da teoria dos princípios de Humberto Ávila

EDUARDO ROCHA DIAS
HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA

Resumo: A necessidade de ordenamento urbano, sem dúvida, é importante para as cidades, tendo merecido atenção da Constituição brasileira, em capítulo específico, haja vista estar inserida entre as formas de concretização do direito ao meio ambiente saudável. Por outro lado, o princípio da preservação do patrimônio cultural também está protegido constitucionalmente. Nesse contexto, o artigo tem como objetivo examinar a aplicação da teoria dos princípios defendida por Humberto Ávila para solução de um caso concreto ocorrido no município de São Paulo. Assim, a pesquisa investiga se o caso fático comportou duas decisões partindo de premissas que atribuíram valor (peso) diferente aos princípios envolvidos, de acordo com a avaliação subjetiva do julgador. A metodologia empregada para a elaboração do artigo é analítica e crítica, baseada no exame de textos doutrinários e decisões judiciais.

Palavras-chave: Direito ao meio ambiente saudável. Princípio da preservação do patrimônio cultural. Colisão. Teoria dos princípios.

When graffiti is covered by gray: conflict solution in the light of Humberto Ávila's principles theory

Abstract: The need for urban planning, undoubtedly, is important for the cities, and deserved attention of the Brazilian Constitution, in a specific chapter, since it is inserted among the forms of realization of the right to a healthy environment. In this context, the article aims to examine the application of the theory of principles defended by Humberto Ávila to solve the case that occurred in the city of São Paulo. Thus, the research investigate whether the case under discussion allowed two different decisions based on premises that assigned different values (weights) to the principles involved, according to the subjective evaluation by the

Recebido em 17/1/19
Aprovado em 26/2/19

judges. The methodology used in the research is analytical and critical, based upon analysis of literature and judicial decisions.

Keywords: Right to a healthy environment. Principle of preservation of cultural heritage. Collision. Theory of principles.

Introdução

O tema em pesquisa trata essencialmente da possibilidade de aplicação da teoria dos princípios de Humberto Ávila ao caso concreto verificado no município de São Paulo, quando o prefeito determinou a cobertura de painéis da arte grafite com tinta cinza, o que suscitou críticas e insurgenças de áreas especializadas e da imprensa nacional (GRILLO, 2017). A irresignação gerou ações judiciais que buscavam rever os atos da administração, entre as quais a Ação Popular nº 1003560-75.2017.8.26.0053 (SÃO PAULO, 2019), objeto desta investigação e ainda não sentenciada até o término deste estudo.

Na referida ação, movida contra o município e o prefeito, João Dória Junior, argumenta-se, em síntese, a ausência de estudos técnicos de competência exclusiva do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental de São Paulo (Conpresp), ao qual competiria fixar as diretrizes relacionadas à remoção ou não de pinturas e/ou desenhos que caracterizem obras de grafite.

Conforme defende a peça inaugural, a atitude da municipalidade teria trazido danos merecedores de reparação, devendo os valores ser revertidos ao Fundo de Proteção do Patrimônio Cultural e Ambiental Paulistano (Funcap). Os autores pediram tutela de urgência para que os réus suspendessem toda e qualquer ordem ou serviço de remoção de pinturas, desenhos ou inscrições caligrafadas em locais públicos, enquanto não houvesse expedição de diretrizes para isso pelo Conpresp.

É importante pontuar que a análise a ser empreendida se baseará nas duas decisões judiciais exaradas. A de primeira instância, que concedeu a tutela de urgência, justificada pela proteção do patrimônio cultural composto pelos grafites, inscrições artísticas e murais espalhados pelos espaços urbanos públicos da cidade de São Paulo, determinou a imediata abstenção dos réus de removê-los sem prévia manifestação e diretrizes do Conpresp, tendo ainda o Conselho Municipal de Política Cultural imposto a multa diária de quinhentos mil reais, além de outras sanções, na hipótese de descumprimento. A de segunda instância, que reverteu a

decisão do juízo de piso, ao entender que “não é possível concluir pela necessidade de apreciação prévia por parte do CONPRESP acerca do cabimento das remoções dos grafites” (SÃO PAULO, 2017).

Nesse contexto, o presente estudo visa examinar, sob a óptica da teoria dos princípios de Humberto Ávila, os parâmetros utilizados nas decisões judiciais para identificar os direitos apontados como violados, em contraponto ao “direito de viver em uma cidade que respeita o espaço urbano, o patrimônio histórico e a integridade da arquitetura das edificações” (UMA SÃO PAULO..., [200-]), conforme argumenta o município.

Em busca do objetivo proposto e para maior clareza metodológica, o artigo está estruturado em três tópicos.

No primeiro, serão examinados o caso concreto e o conteúdo do Programa Cidade Limpa, sob a feição conferida pela administração do então prefeito da cidade de São Paulo, João Dória Junior, de acordo com as diretrizes dispostas na Lei Municipal nº 14.223 (SÃO PAULO, 2006b), de 26 de setembro de 2006, bem como o propósito da ação popular ajuizada.

No segundo tópico, serão abordados os princípios constitucionais em destaque. Inicialmente, far-se-á uma incursão nas generalidades dos princípios, para, em seguida, focalizar os princípios relacionados ao problema suscitado na referida ação popular: de um lado, o direito ao meio ambiente saudável, que se afunila na política de desenvolvimento urbano em seus dois objetivos constitucionais essenciais – a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, consoante dispõe o Plano Diretor, e a garantia do bem-estar de seus habitantes; de outro lado, o princípio da preservação do patrimônio cultural, com estudo da expressa referência à interpretação do arcabouço teórico e axiológico intrínseco à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017]).

Cotejando-se a argumentação da inicial e das decisões judiciais em questão, torna-se relevante, no terceiro tópico, penetrar na teoria defendida por Humberto Ávila, com o objetivo de identificar seus pilares, seu modo de aplicação e meios de solução de conflitos de princípios, haja vista a importância de se conhecer a base teórica para examinar a aplicabilidade ao caso sob análise. Passo seguinte, proceder-se-á ao cotejo da teoria com as decisões proferidas a fim de averiguar sua prescricionalidade ao caso concreto sob a perspectiva, essencialmente, do critério do conflito normativo, e verificar se é possível efetuar uma análise da racionalidade da argumentação desenvolvida para fazer prevalecer um direito sobre o outro.

A pesquisa, portanto, é analítica, crítica e de fundo qualitativo: funda-se essencialmente em uma análise das normas e das decisões judiciais referentes ao caso frente à teoria de Humberto Ávila.

1 O caso concreto: o Programa Cidade Limpa do município de São Paulo e a Ação Popular nº 1003560-75.2017.8.26.0053

Pelas informações colhidas no endereço eletrônico da Prefeitura de São Paulo, o Programa Cidade Limpa se originou da Lei nº 14.223, de 26 de setembro de 2006 (Lei Cidade Limpa), acrescentada do Decreto regulamentador nº 47.950/2006 (SÃO PAULO, 2006a), com o objetivo de

recuperar certos direitos fundamentais da cidadania que haviam se perdido com o tempo. O direito de viver em uma cidade que respeita o espaço urbano, o patrimônio histórico e a integridade da arquitetura das edificações. O direito a um relacionamento mais livre e seguro com as áreas públicas. A Lei Cidade Limpa significa a supremacia do bem comum sobre qualquer interesse corporativo. Sua aplicação permitirá a São Paulo diminuir a poluição visual que há tantos anos prejudica nosso bem-estar e promover uma melhor gestão dos espaços que, por concessão pública, poderão ter mobiliário urbano com propaganda. Mais do que um texto com proibições, a lei é um meio para tornar São Paulo ao mesmo tempo mais estruturada e acolhedora (UMA SÃO PAULO..., [200-]).

As medidas adotadas pelo então prefeito João Dória no Programa Cidade Limpa teriam, pois, por objetivo a reorganização do espaço urbano público. Com esse propósito, determinou-se, entre outras medidas, a substituição de grafites, em regra de autoria de jovens da periferia da cidade de São Paulo, por pintura na cor cinza.

Não obstante e sem prejuízo do reconhecimento da existência de vozes em defesa das ações, o Programa foi alvo de exacerbadas críticas em relação a algumas das diretrizes e mesmo às ações das autoridades administrativas, por se entender que violaram o direito à livre expressão

artística e atingiram de morte o patrimônio cultural da cidade.

A iniciativa passou a ser interpretada por parcela da imprensa como uma “cruzada” contra a arte urbana, haja vista a cobertura com tinta cinza de áreas tradicionais que abrigavam as figuras de grafite, com destaque para os desenhos das pilastras do Minhocão – Elevado Presidente João Goulart (antigo Costa e Silva) – e os do corredor da Avenida 23 de Maio, considerados célebres e a maior obra a céu aberto da América Latina (GRILLO, 2017).

O caso alcançou a esfera judicial por meio da Ação Popular manejada por Allen Ferraud e outros (Processo nº 1003560-75.2017.8.26.0053).¹ Em sua decisão, o magistrado², de forma fundamentada, posicionou-se contrário às ações praticadas pela municipalidade por entender que o grafite compõe o patrimônio cultural, e determinou que o ente municipal se abstinhasse de remover os murais e inscrições artísticas espalhados pelos espaços urbanos da cidade de São Paulo.

¹Tribunal de Justiça de São Paulo – Comarca de São Paulo – Foro Central – 12ª Vara de Fazenda Pública. Requerente: Allen Ferraud e outros. Requerido: Prefeitura Municipal de São Paulo e João Dória Junior. Juiz: Adriano Marcos Laroca. A ação questionou o fato de a prefeitura não ter consultado o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental de São Paulo (Conpresp) antes da pintura sobre os grafites. Para os autores, o ato de Dória é ilegal por ir contra a proteção que o Estado deve dar às manifestações artísticas. Os autores pediram liminarmente a proibição imediata de novas pinturas sobre os grafites e, no mérito, a condenação solidária do prefeito e da administração municipal para que arquem com os danos causados pelo programa Cidade Limpa. Os prejuízos, para os autores, surgiram em virtude das pinturas em cinza de vários locais grafitados, que, a seu juízo, não observaram qualquer critério técnico. A consulta ao Conpresp é definida pela Lei Municipal nº 10.032/1985. No artigo 2º, o inciso IV define como uma das atribuições do Conselho a “preservação e valorização da paisagem, ambientes e espaços ecológicos importantes” da cidade (SÃO PAULO, 1985).

²O magistrado, Adriano Marcos Laroca, consignou em sua decisão: “A nova orientação administrativa na organização do espaço urbano público consiste, basicamente, em substituir uma manifestação cultural e artística geralmente de jovens da periferia da cidade de São Paulo por tinta cinza, de gosto bastante duvidoso, e, depois, por jardim vertical” (SÃO PAULO, 2019).

As ações empreendidas pela Prefeitura paulistana geraram polêmica devido aos métodos utilizados para se levar a efeito o intento perseguido pela Administração Municipal. Dentre os questionamentos levantados, exsurge a questão de ser ou não o grafismo (ou grafitismo) ato ilícito, uma vez que parcela da população o classifica como ato de vandalismo. No atual contexto legal brasileiro, o grafismo configura prática lícita, amparada por legislação específica – Lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011 (BRASIL, 2011), que alterou o art. 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL, [2014]), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e que, na redação original, considerava crime o grafitismo.

Todavia, com a nova edição, excluiu-se a alusão ao verbo *grafitar*, passando-se a considerar a prática legal, numa intenção clara de descriminalizar a conduta dos chamados grafiteiros. Nesse sentido, o País seguiu a tendência mundial de reconhecimento dessa forma de expressão artística e intelectual como típica de grandes centros urbanos (SCHREIBER, 2017).

O movimento favorável ao reconhecimento do grafite como arte também pode ser sentido na cidade do Rio de Janeiro, no Decreto Municipal nº 38.307³, de 18 de fevereiro de 2014, que estabelece os espaços passíveis de exibição da arte⁴ e dispõe que o grafite, desde que

sem prejuízo ao patrimônio público ou histórico, sem cunho publicitário (referências a marcas ou produtos), sem teor pornográfico, racista ou de outra forma preconceituosa, sem apologias ilegais e ofensas religiosas é reconhecidamente uma manifestação artística cultural que valoriza a Cidade e inibe a pichação (DECRETO..., c2014).

Registre-se, por importante, que parte da população, como se sabe, insurgiu-se e ainda se opõe a essa forma de expressão, posicionando-se contrariamente a qualquer tipo de proteção, por não distingui-la de simples pichação. Mesmo no campo doutrinário, registra-se certa hesitação em classificá-la como obra intelectual a ser protegida, não obstante a definição ampla legal de “obra intelectual” disposta na Lei

³“Dispõe sobre a limpeza e a manutenção dos bens públicos da Cidade do Rio de Janeiro e a relação entre Órgãos e Entidades Municipais e as atividades de GRAFFITI, STREET ART, com respectivas ocupações urbanas” (RIO DE JANEIRO, 2014).

⁴“Art. 4º Fica autorizada a utilização dos seguintes espaços públicos como estímulo para a prática do GRAFFITI e da Street Art: postes, colunas, muros cinzas (desde que não considerados patrimônio histórico), paredes cegas (sem portas, janelas ou outra abertura), pistas de skate e tapumes de obras. *Parágrafo único.* Como incentivo à prática das atividades de que trata o *caput* e fomento ao desenvolvimento de importantes bairros da Zona Norte do Rio de Janeiro, a Prefeitura, mediante a anuência do Metrô Rio, autorizará também o uso do muro da Linha 2 do Metrô entre os trechos São Cristóvão – Pavuna, nos dois sentidos” (RIO DE JANEIRO, 2014).

nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais) (BRASIL, [2013]), para fins de proteção jurídica.

Ante essa constatação, entende-se que surge o conflito de interesses constitucionalmente protegidos, razão da propositura da Ação Popular de autoria de Allen Ferraud e outros (Processo nº 1003560-75.2017.8.26.0053). Em breve referência, a ação propugna pela necessidade de prévia oitiva do Conpresp antes da pintura cinza sobre os grafites. Defendem os autores que o Conselho deveria se manifestar por ser composto por profissionais de várias entidades representativas da sociedade, o que conferiria legitimidade social às ações da municipalidade.

Para fundamentar seu posicionamento, entre outros argumentos, os autores apontam para a diferenciação que deve existir entre pichação e grafite, deixando claro que são contrários à degradação dos espaços públicos, com expressa referência ao posicionamento do promotor de justiça Eudes Quintino de Oliveira Júnior, que salientou o reconhecimento do grafite como arte urbana e sua descriminalização pela Lei Federal nº 12.408/2011, e ainda o posicionamento defendido pela historiadora Valéria Peixoto de Alencar, em artigo publicado no portal UOL. Foi requerida tutela antecipada para suspender a remoção dos grafites em espaços públicos da cidade de São Paulo sem prévia manifestação e diretrizes do Conpresp.

Em sua defesa prévia, o município de São Paulo argui, preliminarmente, que o pedido é genérico e que não caberia pedido cominatório em sede de ação popular. Não reconhece o Conpresp como ente competente para definir diretrizes sobre o grafite, e sim a Comissão de Proteção à Paisagem Urbana (CPPU) –, como ocorreu. O Município consigna não admitir o grafite como integrante do patrimônio cultural para efeitos de proteção, não necessitando de oitiva de órgão técnico, por ser manifestação efêmera e transitória. Acresce que o tombamento não lhe serve de meio de proteção, conforme parecer do Departamento do Patrimônio Histórico, órgão de apoio ao Conpresp.

Apreciadas as manifestações, o juízo de primeiro grau entendeu presentes os pressupostos e concedeu a tutela antecipada para que, *verbis*, os “réus se abstenham imediatamente de removê-los sem prévia manifestação e diretrizes do Conpresp, ou mesmo do Conselho Municipal de Política Cultural sob pena de multa diária de quinhentos reais, além de outras sanções” (SÃO PAULO, 2019).

O Município interpôs agravo de instrumento⁵ da decisão de primeira instância, ocasião em que pontuou haver política de fomento à arte de rua no âmbito municipal e afirmou

⁵ Agravo de Instrumento nº 2029021-94.2017.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2017).

que tal expressão cultural deve ser considerada à luz da paisagem urbana, de modo que não pode ser analisada tão somente sob a perspectiva do artista ou do entusiasta [...] a manutenção da r. decisão implica perigo de dano irreparável à Municipalidade, pois interfere diretamente na nova política pública de revitalização da cidade e de combate à poluição visual, bem como estimula novas pichações e atos de vandalismo [...] o bem cultural em comento tem natureza efêmera e transitória, de maneira que não é suscetível de tombamento ou de outro instrumento de preservação, a justificar a intervenção do Conpresp, que apenas tem competência para analisar a presença de grafites e outras expressões artísticas em muros de bens tombados, como já ocorreu, nos casos da Escola Estadual Professora Marina Cintra, nos Arcos da Rua Jandaia ou Arcos do Jânio (SÃO PAULO, 2017).

A desembargadora relatora decidiu cassar a decisão de primeiro grau por entender que, “ao menos nesse momento, não é possível concluir pela necessidade de apreciação prévia por parte do Conpresp acerca do cabimento das remoções dos grafites” (SÃO PAULO, 2017).

Infere-se do exposto que o Poder Judiciário está diante de um conflito de princípios constitucionais, haja vista que os contendores exprimem seu inconformismo invocando argumentos enquadráveis em direitos previstos na Constituição. Assim, podem-se extrair duas observações iniciais: a clara existência do conflito entre princípios albergados na Constituição e a necessidade de se identificar o método a ser utilizado para dirimir o conflito.

Remarque-se que mais adiante serão analisados, com mais detença, os fundamentos das decisões exaradas, a fim de se proceder à investigação quanto à possibilidade de aplicação da teoria de Humberto Ávila, com vistas a aquilatar a razoabilidade dos entendimentos adotados, propósito colimado neste artigo.

Neste passo, importa tratar dos princípios envolvidos na cizânia jurídica instaurada, objeto do próximo tópico, a fim de se obter o embasamento teórico e a interpretação do alcance constitucional.

2 O princípio (direito) do meio ambiente saudável e o princípio da preservação do patrimônio cultural

Antes de adentrar propriamente os princípios que servem de suporte a este estudo, torna-se imprescindível tecer considerações sobre o conceito e o significado dos princípios gerais no Direito. Os autores têm proposto definições para as espécies normativas e, no que tange aos princípios, há várias concepções com diferentes graus de relevância. Portanto, é possível mencionar os fundamentos de alguns desses trabalhos para chegar àquela

definição que mais se aproxima dos objetivos desta pesquisa.

Assevera Bonavides (2015, p. 262) que Crisafulli, nos idos de 1952, já chamava a atenção para a normatividade dos princípios por “ser determinante de uma ou de outras normas subordinadas, que a pressupõem”. Porém, ainda segundo Bonavides (2015, p. 262), não poderiam passar sem referência as lições de Guastini no sentido de demonstrar que os juristas e a jurisprudência apresentaram diferentes conceitos de princípios, estes vinculados a disposições normativas, que representam o traço comum de todas as acepções, tornando-se o vínculo unificador das formulações enunciadas pelo referido autor.

Em seus estudos, Ávila (2009, p. 36) traça um panorama da evolução da distinção entre regras e princípios iniciando pela referência a Canaris, para quem os princípios contêm duas características que os diferenciam das regras: o conteúdo axiológico explícito, o que os torna independentes da existência de regras para sua aplicação; e a de que os princípios receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo de retórica, de discussão para complementá-los e limitá-los, diferentemente do que ocorre com as regras.

Para Dworkin (2016, p. 36), a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, conforme interpreta Ávila. Ambos apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distintas em relação à natureza da orientação que oferecem. Adiciona Dworkin (2016, p. 36) que as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”, quer dizer, a regra se aplica ou não ao caso concreto (*all-or-nothing*). Por sua vez, comentando sobre Dworkin, Ávila (2009, p. 36) afirma que os princípios têm um conteúdo de fundamento, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições estão dadas.

No caminhar teórico dos princípios gerais até sua transformação em princípios constitucionais, importa citar Alexy (2015, p. 85), receptivo aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, que sustenta a tese de que é necessária a distinção entre regras e princípios porque, com base nessa diferenciação, tem-se “a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.

Com base no critério da generalidade, usado com mais frequência, Alexy (2015, p. 87) defende que princípios “são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. Também leciona que princípios e regras são diferentes com base no fato de “princípios serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento” (ALEXY, 2015, p. 89).

Não obstante o justo reconhecimento a esses filósofos, no entender de Bonavides (2015, p. 271), na mesma vereda vanguardista de Dworkin e Alexy, Boulanger deve ser considerado o expoente dentre os precursores da normatividade dos princípios, pois, em seu estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de princípios de Direito, afirma que “a teoria dos princípios jurídicos ainda não foi formulada”, sendo “os princípios os materiais mediante os quais pode a doutrina edificar com confiança a construção jurídica” (BONAVIDES, 2015, p. 272). Porém, ainda que de forma vacilante, Boulanger (apud BONAVIDES, 2015, p. 272) aprofundou o tema com muito cuidado para, enfim, operar a diferença entre princípio e regra, ao assinalar que as regras “regem tão somente atos ou fatos, ou seja, [a regra] é editada contem-

plando uma situação jurídica determinada”. Ao tratar dos princípios, elucida que “o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações” (BONAVIDES, 2015, p. 273).

Inferre-se, pelo que se expôs, o caráter normativo dos princípios, sendo possível entendê-los como normas primárias que fundamentam o sistema jurídico, em uma visão juspublicista, em que se incorporam as mais recentes conquistas metodológicas da Nova Hermenêutica, reconhecendo-se, dessa feita, o princípio da unidade da Constituição (BONAVIDES, 2015, p. 280).

A norma-princípio, nos dizeres de Ávila (2007, p. 6), tem validade no direito positivo de modo expresso ou subentendido, caracterizando-se “estruturalmente por ser concretizável em vários graus: seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios, que podem derogá-lo em determinado caso concreto”. Portanto, a realidade irá determinar a aplicação dos princípios, que instituem razões *prima facie* de decidir. Auxilia na perfeita compreensão do conteúdo de um princípio saber que ele não se constitui em regra pronta de comportamento, precisando sempre de concretização (ÁVILA, 2007, p. 7); daí que a teoria geral do Direito define os princípios jurídicos como normas de otimização concretizáveis em vários graus (ÁVILA, 2007, p. 7).

Adverte Ávila (2009, p. 72) que os princípios impõem um estado ideal de coisas a ser alcançado, têm qualidade de determinar a realização de “um fim juridicamente relevante”. É preciso adotar comportamentos para se atingir um estado ideal de coisas. Esse estado de coisas, segundo Ávila (2009, p. 71), transforma-se em um fim a ser buscado, definido pelo autor como “uma situação qualificada por determinadas qualidades”. Logo, os princípios instituem o dever de o aplicador verificar se o comportamento adotado é adequado para resguardar esse estado de

coisas. Em síntese, Ávila (2009, p. 58) discorda da aplicação do método “tudo ou nada” para diferenciar princípios e regras, uma vez que as regras também necessitam de interpretação, e a ponderação de razões é aplicada a qualquer norma, não exclusivamente aos princípios.

Importa mencionar, sob um prisma mais condensado e objetivo, Furtado (2007, p. 92), que conceitua princípios como as proposições básicas do sistema, cuja importância está em duas funções: a primeira é a de servir de paradigma para interpretar todas as regras (opção por uma interpretação que melhor realize os princípios); e a segunda função é a de apresentar soluções para questões não tratadas pelas regras diretamente, como ocorre na hipótese de o administrador público se ver diante de situação para a qual nem lei, nem regulamentos, nem qualquer outra fonte possível apresenta solução, e ele precisa tomar uma decisão. A solução está na aplicação dos princípios.

Nesse contexto, convém abordar, de modo minudente, os princípios presentes no caso fático sob exame, para, posteriormente, fazer-se o cotejo com a teoria de Humberto Ávila, com o fito de investigar sua aplicabilidade na resolução da lide.

2.1 Direito ao meio ambiente saudável

Trata-se, nesse caso, do direito à sadia qualidade de vida, que as Constituições escritas inseriram nos direitos individuais no sentido mais abrangente de que não basta viver ou conservar a vida, é justo conseguir qualidade de vida (MACHADO, 2002, p. 46). O termo *qualidade de vida* tem ampla acepção, porquanto alcança, segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), três fatores: saúde, educação e produto interno bruto, os quais, anualmente, servem de parâmetro para a classificação dos países em relação à qualidade de vida (MACHADO, 2002, p. 46).

Derani (2001, p. 81) pontua com precisão que qualidade de vida, no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta dois aspectos: o nível de vida material e o bem-estar físico e espiritual, e afirma não ser possível romper a globalidade que compõe a expressão sinônima de *qualidade de vida*, que é *bem-estar*.

Para um adequado entendimento, a definição da expressão *qualidade de vida*, criada na Conferência de Estocolmo de 1972 (DECLARAÇÃO..., [200-]), destaca a concepção do direito fundamental do “homem [...] à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna”. Essa ideia foi transposta para as Constituições e, no Estado brasileiro, o art. 225⁶ da CRFB expressa a preocupação com o meio ambiente saudável, não apenas para as atuais, mas para as futuras gerações, de modo que a atenção com o meio ambiente passa a ser obrigação do Poder Público e das comunidades. E como deve ser interpretado o alcance do sentido do art. 225?

A interpretação do art. 225 da CRFB deve ser aberta, ou seja, democrática, utilizando-se, para ilustrar, o método defendido por Häberle (2002, p. 14) de que é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas. Todo e qualquer destinatário da norma é participante ativo, muito mais até do que se pode supor tradicionalmente (HÄBERLE, 2002, p. 15). Sob essa hermenêutica, há de se considerar também a “conformação da realidade da Constituição como parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade” (HÄBERLE, 2002, p. 24). Portanto, a interpretação deixa de ser so-

mente aquela dos órgãos jurisdicionais, para incluir, também, outros participantes (HÄBERLE, 2002, p. 20-23).

Nessa conjuntura, sob a óptica da função social das cidades, o princípio constitucional decorrente do art. 225 da CRFB e expressamente previsto no art. 182 da CRFB torna-se a diretriz para a definição de políticas urbanas vinculadas à garantia do bem-estar de todos os habitantes das cidades, independentemente de qualquer fator específico, como cor, raça, sexo, idade. O que interessa é a busca de uma cidade que permita a todos viver com qualidade de vida.

Verifica-se que a política estabelecida pelo município de São Paulo vem ao encontro do princípio constitucional que assegura aos cidadãos o direito à qualidade de vida, traduzido no princípio do meio ambiente saudável, *in casu*, por meio de políticas urbanas, cuja competência se insere entre aquelas cometidas aos municípios. Essa é uma interpretação adequada do que prevê a CRFB.

Ordinariamente, cabe remarcar que as funções sociais da cidade, para atender às necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social, ao acesso universal aos direitos sociais e ao desenvolvimento socioeconômico e ambiental, têm sido promovidas pelos municípios brasileiros. De acordo com a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (BRASIL, [2018]), os componentes do direito a cidades sustentáveis são os mesmos das funções sociais da cidade: terra urbana, moradia digna, saneamento ambiental, infraestrutura urbana, transporte, serviços públicos, trabalho, sossego e lazer.⁷

⁶“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, [2017]).

⁷“Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, [2018]).

Vale destacar que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, consoante o art. 182, § 2º, da CRFB. Refri-se que a função social atinge diretamente o direito de propriedade, na medida em que exige do proprietário urbano o dever de lhe conferir adequado aproveitamento, em consonância com o plano diretor municipal (ROCHA, 1999, p. 103).

Reconhece-se que a atividade urbanística é dever do Poder Público em benefício da coletividade. Entretanto, o direito à cidade e às suas funções sociais pertence a toda a coletividade, o que faz com que assumam as características de interesse ou direito essencialmente difuso (ROCHA, 1999, p. 103), razão pela qual as políticas públicas não podem prescindir da participação dos indivíduos.

Portanto, a preocupação social se amplia para as questões do desenvolvimento econômico e do meio ambiente na concepção construída das funções sociais das cidades. E por que é assim? Porque, via de regra, é no espaço urbano que as pessoas moram e se relacionam. Na cidade é que se constroem os processos das condições materiais de vida, da mesma maneira como se dá com os modos de viver – expressos em valores, hábitos, comportamentos, atitudes, crenças –, trabalhar e lutar.

Conclui-se, sob o prisma da interpretação aberta, democrática, que o comando constitucional, expresso no art. 182 e no art. 225 da CRFB, estampado no princípio que garante aos cidadãos um meio ambiente saudável, abrange o direito à cidade limpa, tranquila, segura, enfim, a realização de direitos fundamentais da cidadania.

2.2 Princípio da preservação do patrimônio cultural

Nas lições de Derani (2001, p. 72), o estudo da realidade social pressupõe a compreensão da “inafastável unidade dialética entre natureza e cultura”, pois a “natureza conforma e é conformada pela cultura”. Dessa premissa decorre que a “presença de temas de política de meio ambiente permeando o direito, atuando sobre políticas públicas e empresariais e movimentos sociais, traz à tona o que de fato sempre existiu: a indissociabilidade da natureza com a cultura” (DERANI, 2001, p. 72).

A imbricação entre natureza e cultura é fortemente reconhecida pelo “modo como cada sociedade se apropria dos recursos naturais e transforma o ambiente em que vive” (DERANI, 2001, p. 73). Entretanto, não apenas o meio ambiente natural se reveste de vital importância para a boa qualidade de vida. Impende remarcar que ele compreende não só o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente artificial e o meio ambiente cultural.

Já adentrando no que é relevante ao presente estudo, quando se tutela o meio ambiente cultural, o objeto imediato de proteção relacionado à qualidade de vida é o patrimônio cultural de um povo (FIORILLO; RODRIGUES, 1999, p. 236). Essa proteção está insculpida explicitamente no art. 216 da CRFB, cujo conceito de patrimônio cultural é abrangente, ao abarcar, na letra do dispositivo,

os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nesses incluídos: as formas de expressão, modos de viver, de criar e fazer; as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, [2017]).

Sob o enfoque desta pesquisa, cumpre destacar que, quando a Constituição se refere a grupos formadores da sociedade brasileira, deve-se lembrar que a sociedade brasileira é derivada de uma miscigenação que impede qualquer diferenciação entre raças. Mais que isso, há de se considerar também a evidente estratificação social e o fato de que os estratos se expressam de modo diverso, e todos têm igual importância. Uma vez reconhecida como relevante culturalmente, a forma de expressão passa a merecer proteção. Esse olhar cabe como luva ao reconhecimento do grafite como arte.

A Constituição impõe “o dever de proteção do patrimônio cultural pelo Poder Público com a colaboração da comunidade” (art. 216, § 1º, da CRFB), o que faz mais patente a natureza difusa do bem cultural, que a todos pertence e “justamente por isso não comporta um conceito tradicionalista de propriedade, ao contrário, im-

põe um tipo de domínio sem comprometimento de sua integridade, para os outros titulares, sobretudo das futuras gerações” (FIORILLO; RODRIGUES, 1999, p. 239).

Essa noção democrática de patrimônio cultural remete, naturalmente, à aceitação do grafite como expressão da arte e, conseqüentemente, passível de proteção, seja por sua importância para determinados grupos – e que se espalha a outros –, seja como meio de evitar a pichação, esta, sim, danosa ao patrimônio público. Em que pesem as orientações contrárias ao grafite pelo fato de o considerarem espécie de manifestação efêmera, deve-se entender que tal efemeridade está associada à possibilidade de destruição do bem no qual está expresso o grafite, (por exemplo, demolição do muro onde está o grafite) ou mesmo “no seu interesse cultural (realização de outros grafites ou novas expressões de contracultura)”, e não se equipara à retirada pura, simples e compulsória com a aplicação de pintura cinza (SCHREIBER, 2017).

Ainda no que concerne à proteção dos painéis em grafite como patrimônio cultural, há de se entender que retratam forma típica de expressão dos grandes centros urbanos. Por outro lado, os grafites, muitas vezes utilizados por pessoas das camadas mais carentes da sociedade, também são meios de expressar o protesto contra aquilo que se considera errado ou mesmo para reivindicar algo. Tornam-se, assim, voz dos excluídos, forma de arte em defesa dos direitos do ser humano.

Conclui-se, dessa feita, que os princípios expostos apresentam irrefutável relevância, razão por que a tarefa imposta ao julgador se reveste de extrema complexidade, pois cobra uma postura de muita responsabilidade ao decidir qual será o princípio que prevalecerá. Nesse intuito, verificar-se-á, por intermédio do exame das decisões proferidas nos autos da ação popular, se o método defendido por Ávila (2009) na obra

Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos é ou não aplicável ao caso concreto.

3 Análise das decisões judiciais proferidas e sua subsunção à Teoria dos Princípios de Humberto Ávila

Ávila (2009, p. 39) aponta, de forma sintética, os seguintes critérios utilizados para a distinção entre regras e princípios: “o critério hipotético-condicional, o critério do modo final de aplicação, o critério do relacionamento normativo (ou conflito normativo), o critério do fundamento axiológico”.

Explica o autor que esses critérios de distinção podem ser aprimorados, sem prejuízo de reconhecer sua importância e qualidades dignas de exame pelo Direito. Longe de desprezá-los, entende que a forma mais adequada de demonstrar seu respeito científico a esses métodos é criticá-los. Sob esse prisma, há de se ter em mente que Ávila busca contribuir para que esses critérios sejam mais bem aproveitados e corrigidos em suas falhas. Assim, depois de analisar cada um deles, aponta os pontos merecedores de aperfeiçoamento.

No que tange ao objetivo desta pesquisa, merece ser priorizado o critério do conflito normativo, que busca estabelecer a distinção entre regras e princípios pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo.

Assevera Ávila (2009, p. 51) que, em relação a esse critério, os autores defendem que “a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito que pode ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção”; quanto aos princípios, o imbricamento “pode ser decidido mediante uma ponderação que atribui dimensão de peso a cada um deles”. Cita Canaris, Dworkin e Alexy

para explicar os argumentos que cada um utiliza com o intuito de solucionar o conflito, e passa, então, a criticar o método.

Segundo Ávila (2009, p. 51), Canaris realça, além da preponderância de conteúdo axiológico dos princípios, o “modo de interação com outras normas, pontuando que os princípios, diferentemente das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”.

Para Dworkin (2016, p. 43), “os princípios, ao oposto das regras, possuem dimensão de peso que prevalece na hipótese de colisão de princípios, estabelecendo-se o caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade”.

Por sua vez, Alexy (2015) considera que os princípios jurídicos consistem tão só em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos diversos deveres de otimização, com vários graus de aplicabilidade. Na hipótese de conflito, a solução é dada pela “ponderação entre os princípios colidentes, em função de um deles”, na situação fática, que deve ter prevalência. A precedência não é absoluta, ou seja, o princípio não goza de prioridade por si só. Esse “sopesamento tem por objetivo definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – possui maior peso em determinado caso concreto” (ALEXY, 2015, p. 95). A definição de qual direito deve prevalecer no caso concreto não pode, porém, ser fruto de decisionismo, de uma mera decorrência da concepção subjetiva de quem deve decidir. Alexy (2015, p. 164-165) aponta para a necessidade de um modelo fundamentado e racional de ponderação, que permita controlabilidade.

Passa-se agora ao exame, apresentado por Ávila, dos critérios em relação aos princípios, a fim de verificar se houve sua aplicação ou não nas decisões exaradas no âmbito da ação popular em apreço.

Remarca Ávila (2009, p. 53) que o critério de ponderação não é exclusivo dos princípios, conforme se afirmou anteriormente, podendo ser aplicado às regras que convivem “abstratamente, mas concretamente podem entrar em conflito”. Isso ocorre quando as regras conflitam sem que percam sua validade, e a solução depende de peso maior dado a uma delas (ÁVILA, 2009)⁸. Portanto, faz-se necessário aprimorar, aprofundar o entendimento de que, nos conflitos de regras, deve-se declarar a invalidez de uma delas.

Outro ponto levantado diz respeito a que “as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias, mediante um processo de ponderação de razões”. E pode ocorrer também “nas hipóteses de relação entre regra e suas exceções, pois a exceção pode estar no próprio ordenamento jurídico”⁹ (ÁVILA, 2009, p. 54), de modo que o aplicador deverá, com base na ponderação de razões, decidir se há mais razões para a aplicação da norma ou de sua exceção. Há ainda casos em que a exceção não estará prevista no ordenamento jurídico, hipótese em que haverá um sopesamento de razões, uma valoração.

Os argumentos trazidos por Ávila buscam enfatizar que os métodos utilizados para solucionar os conflitos entre os princípios podem ser utilizados para as regras também. Em suas palavras, “a atividade de ponderação não é privativa da aplicação de princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de norma”, pois diz respeito tanto às regras quanto aos princípios “na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto, sendo diverso o tipo de ponderação” (ÁVILA, 2009, p. 58).

Conquanto válidas e importantes suas observações, na perspectiva deste trabalho torna-se relevante meditar a respeito de seu posicionamento em relação aos princípios. Nesse sentido, passa-se a averiguar a afirmação de que “há incorreção quando se enfatiza que os princípios possuem uma dimensão de peso” (ÁVILA, 2009, p. 59). Ávila defende que não se pode

⁸ Exemplo esclarecedor se dá quando existem duas regras em relação à Fazenda Pública: uma que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei nº 9.494/1997) (BRASIL, [2009]), e outra que determina o fornecimento obrigatório de medicamentos determinados (art. 1º da Lei Estadual nº 9.808/1993) (RIO GRANDE DO SUL, 1993). O juiz está diante de duas normas aparentemente contrapostas. Elas ultrapassam o limite do conflito abstrato mantendo sua validade. O que o juiz deverá fazer para decidir é atribuir maior peso a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma visa a preservar (ÁVILA, 2009, p. 53).

⁹ Por exemplo: o município pode estabelecer multa para o motorista que ultrapasse a velocidade de 60 km/h no perímetro urbano. Sendo regra, tem caráter obrigatório. No entanto, poderá o Departamento de Trânsito deixar de impor a multa ao taxista que comprovar, mediante apresentação de boletim de ocorrência, que naquele momento trafegava acima da velocidade por transportar pessoa gravemente ferida em acidente. Nesse caso, o aplicador recorre a outras razões para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*) (ÁVILA, 2009, p. 54).

considerar que um tipo de norma já absorva em si mesma a dimensão de peso, pois o que se deve considerar é que a “dimensão de peso não é algo que já esteja incorporado a um tipo de norma e, em se tratando dos princípios, não são esses que têm dimensão de peso, mas, sim às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância” (ÁVILA, 2009, p. 59).

A importância concreta do princípio deve ser atribuída pelo aplicador; “não é um atributo abstrato dos princípios”. Em outras palavras, “a dimensão de peso (*dimension of weight*) é qualidade das razões e fins a que eles fazem referência, é resultado de juízo de valor do aplicador” (ÁVILA, 2009, p. 60).¹⁰ O mero qualitativo de princípio pela doutrina ou pela jurisprudência “não implica uma consideração de peso no sentido da compreensão de determinada prescrição como valor a ser objeto de ponderação com outros” (ÁVILA, 2009, p. 61). O autor afirma que o “Poder Judiciário pode desprezar os limites textuais ou restringir o sentido usual de um dispositivo” (ÁVILA, 2009, p. 61).

¹⁰ Ávila (2009) cita como exemplo a hipótese analisada pelo Supremo Tribunal Federal de que o Poder Executivo, depois de prometer, por decreto, baixar a alíquota do imposto de importação, decidiu majorá-la. Os contribuintes que já haviam contratado, com base na referida promessa, insurgiram-se contra a aplicação da alíquota majorada, sob o argumento de que a segurança jurídica fora violada. Duas soluções se apresentavam: primeiro, a atribuição de maior importância ao princípio da segurança jurídica em favor do cidadão e a vedação da aplicação da alíquota para os que celebraram contratos com a expectativa de cumprimento da promessa; e segundo, a atribuição de importância apenas ao fato gerador do imposto de importação, que ocorre somente no momento do desembaraço da mercadoria, em razão do quê, tendo sido a alíquota majorada antes da data da ocorrência do fato gerador, não teria havido violação ao ato jurídico perfeito. A solução adotada pelo Tribunal foi a segunda. Isso significa que *a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto*. Se a dimensão de peso fosse um atributo empírico dos princípios, o caso seria examinado com base na primeira solução – princípio da segurança jurídica e na garantia da proteção ao ato jurídico perfeito. Portanto, confirma-se que quem determina os elementos que deverão ser privilegiados em detrimento de outros é o aplicador, diante do caso concreto (ÁVILA, 2009, p. 60).

Para Ávila (2009, p. 61), “a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso”, e assim sustenta: “A conexão entre a norma e o valor que preliminarmente lhe é sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo a partir do qual ela é construída como estrutura hipotética”.

Mais um argumento importante é o de que “a atribuição de peso depende do ponto de vista escolhido pelo observador, podendo em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo peso nenhum para a decisão” (ÁVILA, 2009, p. 61).

Nessa perspectiva, inicia-se o exame de trechos das decisões judiciais proferidas sob análise, para cotejá-los com a teoria de Ávila, verificando-se sua aplicabilidade ou não, e se tais decisões se sustentam racionalmente, à luz da teoria mencionada, ou se revelam falta de fundamentação adequada.

Inicialmente, analisando-se a decisão de primeiro grau, do juiz Adriano Marcos Laroca, vê-se que o magistrado inicia sua abordagem afirmando que a questão

envolve como, quando e de que forma, e se o Estado pode ou deve interferir no mundo cultural e artístico, na ordenação do meio ambiente urbano, natural e construído. Começamos, indagando se o grafite seria uma manifestação artística contemporânea, acolhida e socializada como tal por instituições e atores do campo da arte. E mais, se haveria diferença entre o grafite e a pichação (SÃO PAULO, 2019).

Tal asseveração, como se vê, carrega elevado grau de subjetivismo. Essa constatação é corroborada pelo que consigna Ávila (2009, p. 64), ao concordar com aqueles que defendem que “os valores dependem de uma avaliação eminentemente subjetiva”, isto é, alguns sujeitos aceitam

um valor que outros rejeitam. Esse entendimento deve ser, sim, levado a sério, segundo Ávila. Todavia, disso “não decorre a impossibilidade de encontrar comportamentos que sejam obrigatórios em decorrência da posituação de valores, nem a incapacidade de distinguir entre a aplicação racional e a utilização irracional desses valores” (ÁVILA, 2009, p. 64).

Em várias passagens da decisão judicial exarada, observa-se que o magistrado Laroca adotou o comportamento exigido pela teoria dos princípios de Humberto Ávila ao fundamentar seu posicionamento nos valores positivados e na aplicação racional desses valores. Às fls. 224-225, o juiz apresenta uma breve exposição de seu entendimento sobre o grafite como expressão artística urbana (*street art*), desde o surgimento nos guetos nova-iorquinos e californianos do final da década de 1960 e início da década de 1970, ligada aos movimentos de afrodescendentes e *hip hop*, que o utilizavam como forma de exposição social de toda a opressão sofrida pelos menos favorecidos, com destaque de Jean-Michel Basquiat, patrocinado pelo não menos importante Andy Warhol, hoje reconhecido como um dos mais importantes artistas neoexpressionistas do final do século XX. Mais adiante, a decisão judicial se refere ao Brasil e, não poderia ser diferente, à cidade de São Paulo, nos idos dos anos 1980, e indica o grafite como “arte transgressora, que denunciava as mazelas da desigualdade e da exclusão sociais” (SÃO PAULO, 2019), incorporada ao movimento “Diretas Já”, contra a ditadura.

Cabe um parêntese, neste tópico, para enfatizar que o grafite desempenha uma função na aplicação do Direito, ao protestar contra as injustiças sociais por meio de imagens e gravuras. As palavras de Xerez (2014, p. 260), que, conquanto se refiram à utilização de imagens como meio de convencimento nas decisões judiciais, podem ser adequadas à presente hipótese: “a imagem, utilizada sozinha ou acompanhada de textos, tem um poder argumentativo incalculável” (XEREZ, 2014, p. 260). É o que se constata na arte do grafismo que procura a concretização de direitos fundamentais por meio do protesto feito por artistas, em sua grande maioria, surgidos no seio das camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Prosseguindo no tema, a posituação de valores, em consonância com Ávila, está bem referida na decisão em foco, quando se reporta à legislação que descriminalizou o grafite, diferenciando-o de pichação, não obstante as polêmicas que ainda existem sobre o tema. Menciona, de forma destacada, a previsão constitucional do art. 216, *caput* e § 1º, III, identificando o “grafite como arte urbana expressiva de uma realidade social, de uma identidade sociocultural” (SÃO PAULO, 2019) e, por consequência, caracterizada como bem cultural, merecedor de preservação pelo Poder Público.

Mais adiante (fl. 225 dos autos), ainda com fundamento no art. 216 da CRFB, a decisão refuta os argumentos de defesa do Município sobre a efemeridade intrínseca à arte do grafite impeditiva de sua preservação física pelo tombamento. A rigor, os autores postularam a prévia oitiva do órgão técnico do Município relativo à cultura sobre as diretrizes de preservação e fomento do bem cultural, pois o legislador constituinte previu que o Poder Público cumprirá seu “dever de proteção do patrimônio cultural brasileiro”, por meio de “outras formas de acautelamento e preservação”, além do tombamento e registro (art. 216, § 1º, CRFB) (BRASIL, [2017]). Frisa que, se o grafite não encontrasse proteção como bem cultural, que de fato o é, razão teria o Município para remover tais inscrições do espaço urbano sem prévia oitiva do seu órgão técnico ligado à cultura. É relevante citar que a decisão enfatiza pesquisa realizada na cidade de São Paulo que demonstra a aprovação do grafite como arte urbana pela sociedade paulistana.

Vale mencionar que o julgador analisou também a ação da Prefeitura sob o prisma do art. 182, *caput*, da CRFB, para apontar que a ação de cobrir a arte popular com tinta cinza mostra-se contrária aos marcos regulatórios ético-jurídico-políticos da CRFB e do Estatuto da Cidade, “que são limites impositivos à ação política-administrativa do gestor ou do administrador público” (SÃO PAULO, 2019), segundo o magistrado Laroca.

Dessume-se, assim, que a positivação de valores e a aplicação racional desses valores, conforme a teoria de Ávila, apresentam-se ainda bem delineadas na decisão ora em análise, ao remarcar a forma prevista no Estatuto da Cidade, que fixa as “diretrizes da política urbana dos Municípios para atingir os seus objetivos constitucionais (ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes)” (SÃO PAULO, 2019), conforme fl. 226 dos autos. A decisão judicial interpreta esse valor racionalmente, ao frisar que a “ação de ordenação da paisagem urbana por imposição do Estatuto da Cidade não pode ser decidida discricionariamente, *sponte propria*, pelo administrador de plantão, e, também, deve ser orientada no sentido de proteger, preservar e recuperar o patrimônio cultural e artístico” (SÃO PAULO, 2019).

Tem-se, dessa feita, que os princípios envolvidos – princípio da preservação do patrimônio cultural e do meio ambiente saudável, este que se desdobra no direito à ordem urbanística – têm bem justificada sua aplicação e o seu uso racionalmente controlado. Conforme aduz Ávila (2009, p. 65), a “questão crucial deixa de ser a verificação de valores em jogo, para se constituir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores”. Portanto, avulta reconhecer a re-

levância do método da teoria de Humberto Ávila, bem identificado na decisão exarada pelo juízo de primeira instância.

Passando-se à análise da decisão proferida em segundo grau, é importante transcrever breve trecho, imprescindível ao cotejo a ser feito com um dos critérios da teoria dos princípios:

Não há dúvida que as manifestações artísticas, como é o caso do grafite, merecem toda proteção por parte do Poder Público, conforme assegura a Constituição Federal.

Por outro lado, não se pode perder de vista que incumbe ao próprio Poder Público exercer o poder de polícia ambiental e implementar políticas públicas para zelar pela paisagem urbana. [...]

Assim, se houver violação à manifestação reconhecidamente cultural e artística, isso deverá ser questionado e avaliado de forma individual.

O que não se pode admitir é a imposição de comandos genéricos à ação do administrador público, pois sua atuação estará totalmente frustrada e não haverá sentido em sua eleição pelo povo. Diante disso, a determinação para que o Município se abstenha de remover, de maneira indiscriminada, quaisquer “grafites, inscrições artísticas e murais espalhados pelos espaços urbanos públicos de São Paulo” poderá tolher a ação do administrador público na fiscalização e preservação de áreas e prédios públicos [...].

Desse modo, ao menos nesse momento, não é possível concluir pela necessidade de apreciação prévia por parte do CONPRESP acerca do cabimento das remoções dos grafites, o que também impede que se reconheça a verossimilhança das alegações dos autores nesse ponto (SÃO PAULO, 2017).

Na leitura da decisão exarada pela desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Maria Olívia Reis, observa-se que não se identifica uma fundamentação adequada com base nos princípios e sua devida justificação no caso concreto. O que se percebe é que ela se limitou à singela e superficial referência ao reconhecimento do grafite como manifestação artística e como tal merecedora de proteção por parte do Poder Público, na forma da CRFB, ainda assim de forma genérica. E mais: não há menção a mínimo fundamento constitucional, tampouco qualquer justificativa ou alusão à aplicação de princípios envolvidos na celeuma. Mais adiante, aponta que “incumbe ao próprio Poder Público exercer o poder de polícia ambiental e implementar políticas públicas para zelar pela paisagem urbana” (fl. 277 dos autos) (SÃO PAULO, 2017), sem tecer comentários hábeis a fortalecer o seu argumento.

Nessas passagens, com as vênias de estilo, verifica-se que não há possibilidade de identificar a aplicação da teoria de Ávila, haja vista a manifestação ter-se pautado exclusivamente pela óptica superficial da necessidade de atuação do Poder Público, sem, no entanto, aprofundar-se

na argumentação. Em outras palavras, a decisão não se preocupou em abordar os critérios utilizados para alcançar o entendimento esposado. Disso decorre que a argumentação se tornou frágil, presa fácil de refutação, uma vez que se entremostra sem supedâneo constitucional ou legal, tampouco principiológico, razão por que não remanesce dúvida de que o resultado obtido se apresenta inadequado sob a perspectiva da teoria de Humberto Ávila, além de exprimir dose maior de subjetivismo. Cumpre ainda assinalar que não há fundamento axiológico, sequer em relação a possíveis princípios aplicáveis ao caso sob julgamento.

Pelo exposto, fazendo-se o confronto das duas decisões e comparando-as com o critério do conflito normativo defendido por Humberto Ávila, há de se reconhecer que o aprimoramento proposto é importante. Se assim não fosse, bastaria fixar, por exemplo, um peso para um dos princípios invocados, por força da Constituição, sem esforço argumentativo, quer dizer, sem apontar o critério para se alcançar determinada conclusão.

Na decisão do juízo de piso, vê-se que não apenas houve a exaltação da importância dos princípios localizados na Constituição, como também se identifica a preocupação em indicar o comportamento indispensável à concretização daqueles valores, espelhada na necessidade de preservação da arte grafite, pelo seu significado como representante que é da cultura de parte da sociedade e meio de expressão de sentimentos dessa parcela da população.

Conclusão

Os argumentos apresentados no artigo visaram explicitar a importância da teoria de Humberto Ávila, que apregoa a necessidade de aprimoramento dos critérios até então utilizados

por filósofos modernos, a exemplo de Canaris, Dworkin e Alexy, para definir o conceito e a aplicabilidade dos princípios no Direito. Consoante ficou consignado, Humberto Ávila, sem prejuízo do reconhecimento do valor das teorias estudadas, sugere uma releitura dos critérios de distinção entre princípios e regras, de modo a aperfeiçoá-los, sem, contudo, deixar de realçar as teorias de Dworkin e Alexy como detentoras dos critérios considerados mais fortes.

Tendo em vista o fim perseguido neste estudo, mereceu destacar o critério do conflito normativo, cujo objetivo é estabelecer a distinção entre regras e princípios pelo modo como funcionam em caso de conflito.

Feito o cotejo entre a proposta de Ávila e as decisões judiciais exaradas na Ação Popular objeto de investigação, foi possível constatar a utilidade e a importância do método, no que concerne à avaliação de que a decisão do juízo de primeiro grau se encontra mais bem fundamentada. Isso em razão da preocupação do magistrado em tratar os princípios – princípio (direito) da preservação do patrimônio cultural e o do meio ambiente saudável, que se desdobra no direito à ordem urbanística – de forma justificada, com o seu uso racionalmente controlado, sem excessos, por meio da identificação dos valores e de sua forma de legitimação.

Identificou-se, por outro lado, que a decisão proferida em segundo grau não se fundou em uma argumentação adequada, revelando maior grau de fragilidade e de subjetividade, sem alusão fundamentada às justificativas que deveriam embasar a opção por reformar a decisão de primeiro grau.

Conclui-se, por fim, pela possibilidade de utilização do método proposto por Humberto Ávila ao caso sob comento, constatada sua aplicabilidade e utilidade no controle e na avaliação da racionalidade de decisões, cabendo frisar que o método não se opõe ao entendimento de

Dworkin e de Alexy, mas se ocupa em fortalecê-lo, demonstrando, por meio de exemplos, que é imprescindível identificar a valoração das razões de decidir e como foram articuladas pelo decisor.

Ficou também demonstrado que “às razões e aos fins aos quais os princípios se referem é que deve ser atribuída dimensão de importância”, como assim o fez a decisão do juízo de primeiro grau, ao atribuir aos princípios um peso considerando as circunstâncias do caso concreto. Fortes foram os argumentos que estribaram a decisão, preocupando-se, sobremaneira, em apresentar desde o retrospecto histórico do surgimento da arte do grafismo, até seu significado e importância para os artistas e para o grupo de pessoas que se identificam com as mensagens nela estampadas.

Esse agir permite interpretar, com Ávila, que, realmente, a “dimensão de peso” (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles se referem, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador.

Sobre os autores

Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal.
E-mail: eduardordias@hotmail.com

Heloyza Simonetti Teixeira é mestre em Direito Ambiental pela Faculdade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil; doutoranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professora na graduação e na pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil; procuradora-geral do estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil.
E-mail: helosimonetti@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

DIAS, Eduardo Rocha; TEIXEIRA, Heloyza Simonetti. Quando o grafite é coberto de cinza: solução de conflito à luz da teoria dos princípios de Humberto Ávila. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 109-131, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p109

(APA)

Dias, E. R., & Teixeira, H. S. (2019). Quando o grafite é coberto de cinza: solução de conflito à luz da teoria dos princípios de Humberto Ávila. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 109-131. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p109

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. (Teoria & Direito Público).

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica da Reforma do Estado*, Salvador, n. 11, set./nov. 2007.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997*. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm. Acesso em: 28 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm#art65. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011*. Altera o art. 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para descriminalizar o ato de grafitar, e dispõe sobre a proibição de comercialização de tintas em embalagens do tipo aerossol a menores de 18 (dezoito) anos. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12408.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

DECLARAÇÃO de Estocolmo sobre o ambiente humano – 1972. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos*, [São Paulo, 200-]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 28 fev. 2019.

DECRETO municipal autoriza graffiti em tapumes de obras e em outros locais. *Associação Brasileira dos Escritórios de Arquitetura*, [Rio de Janeiro], c2014. Disponível em: <http://asbearj.com.br/noticia/decreto-municipal-autoriza-graffiti-em-tapumes-de-obras-e-em-outros-locais/>. Acesso em: 27 fev. 2019.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. Prefácio de Eros Roberto Grau. 2. ed. rev. São Paulo: M. Limonad, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. (Biblioteca Jurídica).

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: M. Limonad, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRILLO, Brenno. Juiz explica diferença entre grafite e pichação ao proibir Doria de pintar muros. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 14 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-14/juiz-aula-arte-joao-doria-proibi-lo-apagar-graftes>. Acesso em: 27 fev. 2019.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO (Município). *Decreto nº 38.307, de 18 de fevereiro de 2014*. Dispõe sobre a limpeza e a manutenção dos bens públicos da cidade do Rio de Janeiro e a relação entre Órgãos e Entidades Municipais e as atividades de GRAFFITI, STREET ART, com respectivas ocupações urbanas. Rio de Janeiro: [Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário], 2014. Disponível em: http://ademi.org.br/article.php3?id_article=57025. Acesso em: 27 fev. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 9.908, de 16 de junho de 1993*. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1993. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687. Acesso em: 28 fev. 2019.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Considerações jurídicas sobre a função ambiental da cidade. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 103-112, abr./jun. 1999.

SÃO PAULO (Município). *Decreto nº 47.950, de 5 de dezembro de 2006*. Regulamenta a Lei nº 14.223, de 26 de setembro de 2006, que dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do município de São Paulo. São Paulo: [Leis Municipais], 2006a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2006/4795/47950/decreto-n-47950-2006-regulamenta-a-lei-n-14223-de-26-de-setembro-de-2006-que-dispoe-sobre-a-ordenacao-dos-elementos-que-compoem-a-paisagem-urbana-do-municipio-de-sao-paulo>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Lei nº 10.032, de 27 de dezembro de 1985*. Dispõe sobre a criação de um conselho municipal de preservação do patrimônio histórico, cultural e ambiental da cidade de São Paulo. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1985. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-10032-de-27-de-dezembro-de-1985>. Acesso em: 1ª mar. 2019.

_____. *Lei nº 14.223, de 26 de setembro de 2006*. Dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do Município de São Paulo. São Paulo: [Prefeitura do Município de São Paulo], 2006b. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/lei_14_223_1254941069.pdf. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. (Estado). Tribunal de Justiça (12. Vara de Fazenda Pública). *Ação Popular 1003560-75.2017.8.26.0053*. Ato lesivo ao patrimônio artístico, estético, histórico ou turístico. Requerente: Allen Ferraudó *et al.* Requerido: João Agripino da Costa Dória Junior; Prefeitura do Município de São Paulo. Relator: Juiz Adriano Marcos Laroca, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H000AC0U0000&processo.foro=53&uuiidCaptcha=sajcaptcha_2e38242f70fe4c308cca8f70a37b2efe. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. Tribunal de Justiça (6. Câmara de Direito Público). *Agravo de Instrumento 2029021-94.2017.8.26.0000*. Direito administrativo e outras matérias de direito público – domínio público – bens públicos – utilização de bens públicos. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Allen Ferraudó *et al.* Relatora: Des. Maria Olívia Alves, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=B4CA978F2A51E6E2F97CFB21A4228EA5.cposg2?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=1003560-75.2017&forNumeroUnificado=0053&dePesquisaNuUnificado=1003560-75.2017.8.26.0053&dePesquisa=&uuiidCaptcha=#?cdDocumento=7>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SCHREIBER, Anderson. O dano-cinza. *Jusbrasil*, [s. l.], 2017. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/430975053/o-dano-cinza>. Acesso em: 27 fev. 2019.

UMA SÃO PAULO melhor pra gente! *Prefeitura da Cidade de São Paulo*, São Paulo, [200-]. Disponível em: http://www9.prefeitura.sp.gov.br/cidadelimpa/conheca_lei/conheca_lei.html. Acesso em: 27 fev. 2019.

XEREZ, Rafael Marcílio. *Concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro

LAURO ISHIKAWA

CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR

Resumo: A abstração no controle difuso de constitucionalidade é posta em confronto com a concepção de um controle concreto, principalmente diante da súmula vinculante, da repercussão geral no recurso extraordinário, do incidente de arguição de inconstitucionalidade, do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência. Expressam-se, então, considerações sobre a abstração do controle difuso de constitucionalidade. Questiona-se se a aproximação procedimental entre o controle difuso e o concentrado é, a um só tempo, causa de abstração para o primeiro e de concreção para o segundo. De outro lado, examina-se a incorporação ao Direito brasileiro de um regime de vinculação a precedentes e sua interação com a aproximação entre as espécies de controle de constitucionalidade das leis, verificando se tais fenômenos podem ser considerados indicativos de abstração do controle difuso. É utilizado o método dedutivo, com pesquisa realizada em legislação, doutrina e jurisprudência das Cortes superiores.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Processo constitucional. Controle de constitucionalidade das leis. Controle difuso. Abstração.

The “abstraction” of the Brazilian judicial review

Abstract: The abstraction in the judicial review is confronted with the conception of a concrete control, mainly in view of the binding precedent, the general repercussion in the extraordinary appeal, the incident of unconstitutionality, the incident of resolution of repetitive demands and the incident of assumption of competence. Then, considerations about the “abstraction” of the judicial review are expressed. It is questioned the procedural approximation between the latter and the concentrate if it is, at one time, cause of abstraction for the judicial review and of concretion for the concentrate one. On the other hand, examines the incorporation in Brazilian law of a regime of attachment to precedents

Recebido em 3/4/19
Aprovado em 22/4/19

and their interaction with the approximation between the species of control of constitutionality of laws, verifying if such phenomena can be considered indicative of “abstraction”. The deductive method is used, through research conducted in legislation, doctrine and jurisprudence of the Superior Courts.

Keywords: Constitutional Law. Procedural law. Control of constitutionality of laws. Judicial review. Abstraction.

1 Introdução

O constitucionalismo moderno tem remarcada importância no processo civilizatório como elemento de consolidação da democracia, como instrumento de contenção e racionalização do poder e meio para assegurar a normatividade constitucional. A Constituição, dessa maneira, é diploma normativo que enuncia de forma mandamental a organização social, política e econômica de uma determinada sociedade.

A superação do modelo absolutista de Estado e da configuração original do Estado de Direito deu lugar ao Estado Constitucional de Direito, em que a Constituição dá medida e forma aos atos do poder público. Dotada de supremacia, mais do que mera norma, ela assume a condição de ordenadora jurídica fundamental. Contudo, essa condição só se torna efetiva se a sua guarda for conferida a tribunais independentes, muitas vezes um supremo tribunal, o que confere papel essencial ao Poder Judiciário, tornando-o responsável por subsumir ao direito o caso concreto.

Ao dar medida e forma aos atos do poder público, a Constituição alcança também a atividade legislativa (produção de normas jurídicas). Nesse aspecto, historicamente a Constituição norte-americana de 1787 (UNITED STATES, 2007) representou um avanço frente à *Magna Carta* inglesa de 1215 (UNITED KINGDOM, [2013]), porque a *Rule of law* inglesa tornou proeminentes as leis e os costumes nacionais em face da discricionariedade do poder da realeza, ao passo que a Constituição norte-americana se funda na ideia de uma lei superior (*higher lawmaking*), com limites e estruturas essenciais de governo.

Materializada na Constituição, a lei superior, uma verdadeira norma fundamental, se traduz em um modelo de supremacia, ainda que implícito, pois a ela é reconhecida uma superioridade hierárquica frente às demais normas integrantes do ordenamento jurídico. Todavia, ao menos

no campo normativo, a supremacia e a rigidez constitucionais seriam meros rótulos, desprovidos de substância, se não fosse reconhecida a possibilidade de se controlar a compatibilidade das leis frente à *lex superior*. Vale dizer, o controle de constitucionalidade das leis é que dá efetividade à ideia de supremacia e materializa a rigidez constitucional.

Nesse sentido, o *judicial review*, inaugurado no célebre caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana em 1803, ao consolidar o controle difuso de constitucionalidade das normas, vale-se, em essência, dos critérios de solução para as antinomias jurídicas, em especial o critério da hierarquia. Firmada a premissa segundo a qual é tarefa do juiz a interpretação da lei, inclusive da lei constitucional, o passo seguinte é o reconhecimento de que, em caso de conflito entre duas leis na aplicação a um caso concreto, o juiz deve preferir a lei superior.

Ocorre que cada sistema jurídico tem sua trajetória de consolidação constitucional e, por decorrência lógica, uma configuração própria para o controle de constitucionalidade das normas. Disso decorreu o surgimento de dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade: o difuso, em que o poder de realizar o controle de constitucionalidade é atribuído a todos os órgãos jurisdicionais, e o concentrado, em que há um órgão especificamente criado com a finalidade de controlar a constitucionalidade das leis, mediante procedimento específico.

Além de abordar os dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade, o artigo examina uma doutrina que trata da aproximação procedimental entre o controle difuso e o concentrado, considerada causa de abstração para o primeiro e de concreção para o segundo. Assim, por meio do método dedutivo, com pesquisa em obras, legislações nacionais e internacionais e atos jurídicos relativos ao assunto, questiona-se

essa hipótese, analisando-se a incorporação ao Direito brasileiro de um regime de vinculação a precedentes e sua interação com as espécies de controle de constitucionalidade das leis para verificar se tais fenômenos podem ser considerados indicativos de abstração do controle difuso.

2 Formas de controle de constitucionalidade: gênese e características

O moderno controle de constitucionalidade das normas, de forma fundamentada e alicerçada nos ideais de supremacia e rigidez constitucionais, inicia-se com o *judicial review* norte-americano. É certo que já no *Bonham's Case*, por contribuição de Eduard Coke, estavam lançadas as bases teóricas para o *judicial review*, pois já ali se preconizava o afastamento quanto à aplicação da lei por ser contrária à *common law*, *i.e.*, à lei e à razão (ABBOUD, 2016, p. 520).

Entretanto, o precedente britânico, afora ter sido superado posteriormente com base nos cânones da Revolução Gloriosa, pende para a ideia de jusnaturalismo, já que *Sir Coke* sustentara que a *common law* constituía *higher law* fundada na razão e que, nessa condição, tinha posição de proeminência frente às leis do parlamento (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 62). Não estava em questão, portanto, a ideia de rigidez constitucional e, principalmente, aquela era uma solução muito própria para a realidade britânica, insuscetível de utilização, por exemplo, pelos países da *civil law*.

O precedente *Marbury vs. Madison* talvez tenha a relevância que lhe é atribuída nem tanto pelo ineditismo, mas sim pela clareza e sistematização utilizada pelo *Chief Justice Marshall* para expor os fundamentos do controle de cons-

titucionalidade das leis. Segundo sua exposição, no confronto entre lei e Constituição, esta deve prevalecer, o que se resolve, na prática, com a negativa de aplicação (ou desaplicação) daquela. Exatamente porque esse controle é considerado ínsito à tarefa de julgar, “a competência para fiscalizar a constitucionalidade é *reconhecida a qualquer juiz* chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial” (CANOTILHO, 2000, p. 889, grifo nosso).

Exatamente porque essa forma de controle se exerce diante de “uma questão concreta de constitucionalidade” (HERANI, 2010, p. 216), ou seja, de um caso concreto submetido à apreciação judicial, ele é, em regra, incidental. “A inconstitucionalidade é suscitada incidentalmente em processo que tem por objeto uma questão diferente (a situação de vantagem alegada pelo autor), constituindo, na técnica processual, uma questão prejudicial” (RAMOS, 1994, p. 98), ou seja, uma questão de direito – substancial ou processual – de que depende a decisão final da causa. Não se pode, contudo, estabelecer sinonímia entre controle incidental e difuso. Como destaca Canotilho (2000, p. 870, grifo do autor),

o incidente da inconstitucionalidade pode suscitar-se em qualquer tribunal para efeitos de *desaplicação* da norma inconstitucional ao caso concreto. Mas é incorreto dizer-se hoje que o controlo por via incidental se identifica com o controlo difuso. Como irá ver-se, em Portugal, o controlo difuso pode conduzir a um controlo concentrado através do Tribunal Constitucional. Noutros sistemas, o controlo concentrado pressupõe também o incidente de inconstitucionalidade, embora aqui o juiz (ao contrário do controlo difuso) se limite, como tribunal *a quo*, a suspender a acção fazendo subir a questão da inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional (ex.: sistema alemão, sistema italiano).

Esse tipo de controle se realiza por iniciativa das partes, do Ministério Público, de terceiros intervenientes ou mesmo de ofício pelo julgador (*jura novit curia*) e pode ser exercido em qualquer processo judicial e em qualquer instância, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal (STF), que pode e deve exercitá-lo em qualquer processo de sua competência, seja ela originária – inclusive nas ações de controle abstrato de constitucionalidade (FERREIRA, 2016, p. 41) –, seja recursal.

Exatamente porque o controle difuso é realizado à vista da solução de um caso concreto, os efeitos da desaplicação da norma inconstitucional ficam, em regra, limitados às partes do processo (eficácia *inter partes*), pois não se anula a lei e, dessa forma, “o acto normativo reconhecido como inconstitucional é desaplicado no caso concreto submetido à cognição do juiz, mas continuará em vigor até ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos competentes” (CANOTILHO, 2000, p. 874).

Contudo, essa solução depende de cada sistema jurídico, pois, nos países em que se reconhece algum grau de vinculatividade a precedentes – como o *stare decisis* norte-americano, ou seja, a prática de uma corte seguir seus precedentes e os de uma corte superior (BARRETT, 2003, p. 1.016) –, a solução dada à questão constitucional acaba por se estender a todos (eficácia *erga omnes*).

Assim, se considerarmos que a discussão a respeito dos efeitos do controle de constitucionalidade diz respeito ao “resultado que pode ocorrer no mundo fenomênico” (ALVIM; THAMAY; GRANADO, 2014, p. 155), é lícito afirmar que o controle difuso, a depender do sistema em que se insere, é apto a produzir efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, e isso é assim desde sempre.

A despeito do brilhantismo do *judicial review* e do rigor lógico das premissas que levaram à admissão do controle difuso de constitucionalidade das normas, o modelo não logrou ser acolhido amplamente no Direito Constitucional europeu.

O sucesso do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade se deveu, em grande medida, ao instituto do *stare decisis*, que acabava por conferir à decisão sobre a desaplicação da lei inconstitucional efeitos gerais e surgiu num cenário em que a leitura da tripartição dos Poderes dava ao Judiciário autoridade para controlar os demais Poderes. Na Europa, formada em sua maioria por países vinculados ao sistema de direito romano (*civil law*), os precedentes não tinham caráter vinculante, de sorte que a mera adoção do modelo norte-americano abriria a possibilidade de uma mesma lei ser considerada inconstitucional por alguns juízes e, ao contrário, ser considerada plenamente aplicável por outros juízes. Situações de conflito entre órgãos e insegurança jurídica poderiam facilmente ocorrer (CAPPELLETTI, 1992, p. 76-77). Além disso, a leitura que lá se fazia a respeito do princípio da separação dos Poderes impedia a sobreposição

da atuação judicial à legislativa (supremacia do parlamento) (BARROSO, 2006, p. 19).

Mais do que uma questão de eficácia decisória, a concepção do controle concentrado de constitucionalidade parte de postulados jurídicos diversos daqueles que fundamentam o *judicial review* (BINENBOJM, 2010, p. 36). A inconstitucionalidade não é vista como uma declaração de nulidade do ato inconstitucional, mas sim como uma sanção, que se revolve com a anulação da lei inconstitucional, sua retirada do ordenamento jurídico, com efeitos prospectivos (eficácia *ex nunc*) e gerais (eficácia *erga omnes*) (KELSEN, 1987, p. 290-293). Operaria, na prática, como uma revogação da lei (atuação como legislador negativo), e tal atribuição não poderia, sob pena de desvirtuamento da tripartição dos Poderes, ser conferida a um deles, mas sim a um órgão autônomo, especialmente constituído com essa finalidade, o Tribunal Constitucional, que realizaria tal controle por ação direta e em caráter principal¹.

Assim, a solução encontrada no seio do Direito constitucional europeu, para não deixar o sentido da Constituição exclusivamente nas mãos do parlamento, foi reconhecer

a competência exclusiva, a respeito, a um adequado órgão político judiciário (denominado *Tribunal Constitucional*), ao qual se pode dirigir (em regra: não por parte de particulares, mas por parte de determinados órgãos estatais, entes públicos etc...) com *procedimento da ação*, obtendo uma *sentença* (de anulação, ou pelo menos de ineficácia) válida *erga omnes*. De modo que tem parecido que se pode tutelar melhor a *certeza do direito*, evitando o absurdo de continuar aplicando, difusamente, uma lei que tenha sido reconhecida inconstitucional no curso de um debate judicial anterior (BISCARETTI DI RUFFIA, 1984, p. 461-462, grifos do autor).

¹ Nesse sentido, ver Binenbojm (2010, p. 37) e Barroso (2006, p. 19).

Essa modalidade de controle ganha o adjetivo *concentrado*, portanto, por ser atribuído a um único órgão, à diferença do que se passa com a *judicial review*, em que o poder de realizar o controle se distribui, difusamente, por todos os órgãos jurisdicionais. Por característica, ele é, em regra, um controle abstrato e objetivo, no sentido de que o objeto da discussão não é uma controvérsia concreta, mas sim a compatibilidade de determinado ato normativo com a Constituição. Assim, embora seja plenamente possível apreciar fatos e provas em sede de controle concentrado², o objeto da causa se situa no plano das interações normativas, a título principal, ou seja,

significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a “defesa da constituição” e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição. Dado que se trata de *processo objetivo*, a legitimidade para solicitar este controlo é geralmente reservada a um número restrito de entidades (CANOTILHO, 2000, p. 871, grifo do autor).

No controle difuso o órgão judicial exerce o direito de fiscalização (*Prüfungrecht*), ao passo que no controle concentrado há o exercício da competência de rejeição (*Verwerfungskompetenz*), pois ele visa rejeitar, com efeitos gerais (eficácia *erga omnes*), a norma inconstitucional, invalidando-a e eliminando-a do ordenamento, o que implica um controle concentrado em um Tribunal atuando como defensor da Constituição (CANOTILHO, 2000, p. 871-874).

3 Relatividade dos traços distintivos e a gradual aproximação entre os modelos

À medida que a ideia de justiça constitucional se espalhou mundo afora, a bipartição entre o modelo do *judicial review* norte-americano (controle difuso) e o europeu-kelseniano (controle concentrado) acabou por ser relativizada, pois (i) em muitos países os dois sistemas convivem (como em boa parte da América latina); (ii) os próprios modelos originais passaram por mudanças em suas características principais; (iii) em alguns casos foram adotados modelos híbridos, com características de ambos³.

Originalmente, as principais diferenças entre os modelos decorriam da concepção do tribunal constitucional como legislador negativo, diante da preocupação de Kelsen em evitar o “governo dos juizes”, assim como a falta de uniformidade quanto às decisões sobre questões constitucionais. Mas logo as diferenciações começaram a ser relativizadas.

Com efeito, a primeira relativização apontada por Fernández Segado (2005, p. 378-380) e Cappelletti (1992, p. 106) está relacionada com a reforma operada em 1929 na Constituição da Áustria (ÖSTERREICH, [2017]), pois a partir de então abriu-se a possibilidade de que outros órgãos jurisdicionais submetessem a controvérsia relativa à constitucionalidade da lei ao Tribunal Constitucional. A partir desse momento, aquele sistema assumiu uma característica híbrida, servindo de paradigma para os sistemas implantados posteriormente na Itália e na Alemanha.

A segunda relativização diz respeito ao modelo norte-americano *judicial review*, originalmente concebido como um controle realizado

² Nesse sentido, ver Tavares (2007, p. 17-29) e Mendes (2001).

³ Nesse sentido, ver Abboud (2016, p. 106); Cappelletti (1992, p. 106-123) e Fernández Segado (2005, p. 378-380).

apenas incidentalmente. Em 1937 foi editada lei conferindo ao Poder Executivo o poder de recorrer à Suprema Corte sempre que uma decisão judicial declarasse a inconstitucionalidade de uma lei federal. A questão constitucional, nessa conformação, é levada à Suprema Corte por um *shortcut* e quase que em caráter principal, pois a tutela de interesses individuais fica em segundo plano (FERNÁNDEZ SEGADO, 2005, p. 378-382).

O terceiro ponto de aproximação diz respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. No plano prático, as decisões de desaplicação da lei no *judicial review* acabam tendo efeitos gerais, por força do *stare decisis*, assim como as decisões proferidas no controle concentrado. No *judicial review*, a decisão reconhece a nulidade da lei inconstitucional (*null and void*), e essa declaração, como regra, tem efeito *ex tunc*; mas tal raciocínio não se aplica às situações em que a lei já produziu efeitos por longo período, caso em que se admite relativizar a eficácia retroativa da decisão (CAPPELLETTI, 1992, p. 122-123). No modelo europeu-kelseniano, embora em regra a decisão produza efeitos prospectivos (*ex nunc*), pois o Tribunal Constitucional atua como legislador negativo, há exceções para tanto. Nos modelos austríaco, italiano e alemão, quando a questão constitucional é levada à Corte por provocação do órgão jurisdicional ordinário, os efeitos da decisão variam: quanto às partes do processo do qual derivou a provocação, a eficácia é retroativa; quanto a terceiros, prospectiva (CAPPELLETTI, 1992, p. 121-122).

A quarta aproximação entre os sistemas diz respeito à característica que a Suprema Corte norte-americana vai assumindo, por força do instituto do *writ of certiorari* – filtro por meio do qual a Corte seleciona as matérias submetidas a seu exame, apreciando apenas as de maior relevância –, aproximando a sua formatação à de um Tribunal Constitucional (FERNÁNDEZ SEGADO, 2005, p. 388).

Finalmente – e aqui se está diante do quinto ponto de aproximação –, os Tribunais Constitucionais europeus, fugindo à sua tradicional atuação no papel de legislador negativo, têm, sobretudo em tema de omissões inconstitucionais, atuado com clara função criadora do direito. Não se limitam, nessas hipóteses, a proceder a uma revogação, até porque, em regra, nada há para ser revogado (FERNÁNDEZ SEGADO, 2005, p. 390).

Antes de passar ao exame da realidade brasileira, é necessário referir a existência de dissenso doutrinário a respeito dessa aventada aproximação entre os sistemas de controle difuso e concentrado. Em estudo dedicado ao assunto, Leal (2006, p. 63) questiona a relevância dos pontos de aproximação acima apontados, com argumentos que podem ser assim sintetizados:

a) no controle difuso norte-americano, a aplicação do *stare decisis* às decisões sobre questões constitucionais tem-se revelado deficiente,

diante da frequente superação de precedentes na jurisprudência da Suprema Corte (*overruling*), além de não vincular Executivo e Legislativo;

b) a admissão, no controle concentrado, de decisões com eficácia variável (*ex nunc* e *ex tunc*) não o desfigura, nem permite falar em aproximação dos sistemas, pois a regra das eficácias tradicionais do controle difuso (*ex tunc*) e concentrado (*ex nunc*) continuam a se aplicar à grande maioria dos casos;

c) o *writ of certiorari* não aproxima a Suprema Corte norte-americana da formatação de um Tribunal Constitucional europeu, pois não lhe confere uma competência exclusiva para o controle de constitucionalidade das leis, ainda que outras competências também sejam conferidas em paralelo. Ou seja, no modelo europeu-kelseniano, o controle de constitucionalidade das leis não pode ser difusamente exercido pelos órgãos jurisdicionais; e

d) a adoção, pelos tribunais constitucionais europeus, de outras técnicas de decisão e interpretação (sentenças aditivas, sentenças substitutivas e interpretação conforme a Constituição) é providência que não tem paralelo com o controle norte-americano.

Leal (2006) conclui que a bipartição entre os modelos segue hígida, pois os seus elementos centrais de caracterização subsistem, ainda que aspectos processuais os aproximem. Na mesma linha, Mendes (2015, p. [2]) sustenta que, “apesar de algumas semelhanças entre aspectos processuais, as diferentes estruturas político-funcionais dos modelos norte-americano e europeu ainda são razões para a distinção entre eles”.

Malgrado a controvérsia apontada, o certo é que o cenário atual do controle de constitucionalidade é bem mais complexo do que se tinha ao tempo da concepção dos modelos originais (*judicial review* e controle concentrado), de sorte que não se pode, já há muito tempo, conceber um purismo nesse particular, até por causa das

influências recíprocas entre as diferentes tradições jurídicas (STRECK; ABOUD, 2013, p. 24-25).

4 O cenário brasileiro: as circunstâncias apontadas como caracterizadoras de uma abstração do controle difuso

Tal como se passa nos demais países, também no Brasil, tem-se estudado a aproximação entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Com base na compreensão de que o controle difuso pode também ser abstrato, ou seja, ser realizado sob a perspectiva eminentemente normativa, sem aderência a um litígio concreto (DIDIER JUNIOR, 2008, p. 77), são identificadas manifestações dessa abstração.

A primeira dessas manifestações apontada pela doutrina diz respeito às alterações promovidas quanto ao incidente de arguição de inconstitucionalidade pela Lei nº 9.756/1998 e pela Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, [1999], [2009b]), que alteraram parcialmente os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil (CPC/1973) (BRASIL, [2013]; DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2007, p. 81).

Dois aspectos são colocados em evidência a esse respeito. Primeiro, a circunstância de que a norma processual (art. 481, parágrafo único, do CPC/1973), seguindo orientação firmada pelo STF (RE 190.728 (BRASIL, 1995c) e AgRg em ARE nºs 168.149 (BRASIL, 1995b) e 167.444 (BRASIL, 1995a)), passou a dispensar os órgãos fracionários de submeter a questão constitucional à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a])), “quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão” (BRASIL, [2019]). Segundo, a

aproximação entre o procedimento de julgamento da arguição de inconstitucionalidade pelos tribunais e das ações de controle concentrado pelo STF (Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 (BRASIL, [2001])), pela previsão de intervenção de *amicus curiae*, manifestação do Ministério Público, possibilidade de manifestação na Ação de Inconstitucionalidade Administrativa (AIA) dos legitimados ativos para o controle concentrado, bem como manifestação dos entes e órgãos responsáveis pela edição do ato normativo questionado.

Com olhos voltados para essas circunstâncias, Didier Junior e Cunha (2007, p. 432) ponderam:

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico de controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo de ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique sujeita à coisa julgada *erga omnes* (porquanto tenha sido examinado *incidenter tantum*), a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão.

É possível constatar, ainda, uma evidente semelhança entre o procedimento do incidente de inconstitucionalidade no controle difuso brasileiro e o controle concentrado realizado pelos tribunais constitucionais de alguns países (Áustria, Itália e Alemanha), com base na aprovação do órgão jurisdicional ordinário. Em ambos os casos, tem lugar uma cisão do julgamento, com a peculiaridade de que, no Brasil, a decisão sobre a questão constitucional é feita por outro órgão do próprio tribunal e, naqueles países, pelo Tribunal Constitucional (SOUZA, 2008, p. 81).

Além dessas alterações promovidas quanto ao incidente de arguição de inconstitucionalidade, que já fazem parte do direito processual civil há bastante tempo, têm sido identificados traços de abstração no controle difuso realizado por meio de procedimentos – incidentes ou recursos – em que a decisão é proferida com perspectiva transcendente, com a fixação de teses jurídicas, sem estrita vinculação com as circunstâncias do caso concreto. Nessa compreensão, seriam exemplos de procedimentos em que há a anunciada abstração:

a) o julgamento do recurso extraordinário, sob o regime da repercussão geral (Emenda Constitucional – EC nº 45/2004) (BRASIL, [2009a]);

b) a instituição da súmula vinculante, que pode versar sobre tema enfrentado em controle difuso de constitucionalidade;

c) o cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) incidental (subjeto-objetivo), em que o STF é chamado a se manifestar incidentalmente acerca de uma controvérsia constitucional anterior, instaurada nas instâncias ordinárias (Voto do ministro Gilmar Mendes, na Reclamação nº 4.335) (BRASIL, 2014);

d) a possibilidade de realização de controle difuso de constitucionalidade em demandas coletivas, como a ação civil pública e a ação popular (Voto do ministro Gilmar Mendes, na Reclamação nº 4.335);

e) a dispensa da remessa necessária quando a sentença estiver em consonância com a jurisprudência do STF, inclusive em controle difuso de constitucionalidade (art. 475, § 3º, do CPC/1973; art. 496, § 3º, do CPC/2015) (BRASIL, [2019]); e

f) a admissão de *amicus curiae* nos julgamentos dos recursos extraordinários, conforme ocorrido na tramitação do RE 583.834, da relatoria do ministro Ayres Britto, bem como nos Recursos nºs 416.827 (BRASIL, 2009d) e

415.454 (BRASIL, 2007), da relatoria do ministro Gilmar Mendes, o que posteriormente foi incorporado ao direito positivo (art. 543-A, § 6º, do CPC/1973; art. 1.038, I, do CPC/2015).

Escapa aos limites da presente abordagem uma análise detida de cada uma dessas hipóteses. Não obstante, cumpre sejam feitas algumas referências quanto ao recurso extraordinário, dada a sua relevância sistêmica e o impacto representado pela introdução da repercussão geral como um de seus requisitos de admissibilidade (art. 102, § 3º, da CRFB, introduzido pela EC nº 45/2004).

No escólio de Alvim, Thamay e Granado (2014, p. 173, grifos dos autores), a criação da repercussão geral “significa praticamente a colocação de um *filtro* ou de um *divisor de águas* em relação à possibilidade de cabimento do recurso extraordinário”. Os autores destacam, ainda, que a medida teve por finalidade viabilizar a atuação do STF, pois assim a Corte só deverá julgar recursos em relação aos quais se reconheça a repercussão geral, “deixando sempre de julgar os recursos que não sejam dotados dessa repercussão, ainda que foram e substancialmente pudessem ser aptos à admissão e ao julgamento, e, até mesmo, julgamento favorável” (ALVIM; THAMAY; GRANADO, 2014, p. 173).

No mesmo sentido foi a decisão do ministro Gilmar Mendes por ocasião da apreciação do Processo Administrativo nº 318.715 (BRASIL, 2002b), citada por Didier Junior (2008, p. 274):

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das cortes inferiores. O processo entre partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma análise jurisdicional que transcende interesses subjetivos. Tal perspectiva, a par de fortalecer o papel principal da Corte, qual seja a defesa da Constituição, representa a única alternativa possível para a viabilização do Supremo.

Afora constituir um filtro, a forma de seleção e julgamento dos recursos extraordinários tem sempre por objetivo a fixação de uma tese, a servir de precedente dotado de destacado grau de vinculatividade. De fato, o art. 1.036, § 6º, do Código de Processo Civil (CPC/2015) (BRASIL, [2019]) preconiza que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”, ao passo que o art. 1.039, ao dispor sobre o alcance da decisão, prescreve que “decidido o recurso representativo da controvérsia, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese”, o que não permite afirmar que o recurso extraordinário tenha passado por uma objetivação.

Segundo decisão monocrática proferida pelo ministro Ayres Britto na Reclamação nº 8.093 (BRASIL, 2009c), a sistemática da repercussão geral não retirou do recurso o seu caráter subjetivo, e as decisões proferidas na respectiva apreciação não geram eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nos moldes do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade.

Seguindo esse mesmo critério, pode-se apontar que, com o CPC/2015, novos institutos foram concebidos, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC), em cujo âmbito pode ocorrer controle difuso de constitucionalidade, e as decisões proferidas têm eficácia *erga omnes* e vinculante.

O IRDR, no magistério de Medina (2017, p. 1.393), é um instituto *sui generis*, “plasma-se como incidente, não sendo recurso, nem ação; não serve, diretamente, ao interesse dos litigantes (embora estes possam pedir sua instauração), mas à concretização da isonomia e da segurança jurídica, evitando a instabilidade e proporcionando previsibilidade”. É, em verdade, um meio concentrado de formação de precedentes judiciais, com base na efetiva repetição de processos sobre um mesmo tema, de cujo julgamento resulta a fixação de uma tese (art. 976, parágrafo único, do CPC/2015) (BRASIL, [2019]), dotada de eficácia vinculante a todos os processos “que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região” (art. 985, I, do CPC/2015), assim como aos casos futuros (art. 985, II, do CPC/2015). O desrespeito ao precedente autoriza o manejo de reclamação (art. 988, IV, do CPC/2015).

Por sua vez, o IAC é incidente admissível, nos termos do art. 947 do CPC/2015, sempre que “o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (BRASIL, [2019]). Assim, “enquanto em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas o *tratamento isonômico* ganha destaque, quanto ao incidente de assunção de competência sobressai a *segurança jurídica*” (MEDINA, 2017, p. 1.392, grifos do autor), diante do seu nítido caráter preventivo (art. 947, § 4º, do CPC/2015). O acórdão que julga a causa, em assunção de competência, pode envolver controle de constitucionalidade, mas tem, em qualquer hipótese, eficácia vinculante (art. 947, § 3º, do CPC/2015), e o desacato à tese firmada é passível de correção pela via da reclamação (art. 988, IV, do CPC/2015).

Outra circunstância que tem sido comumente apontada como comprovação da abstração do controle difuso – ou, ao menos, da aproximação entre os sistemas – é a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão de desaplicação da norma inconstitucional no controle difuso.

Essa prática, fundada em razões de segurança jurídica, já era adotada no *judicial review* (CAPPELLETTI, 1992, p. 122-123).

No julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 82.959 (BRASIL, 2006b), em que se reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990 (BRASIL, [2018]), que previa o cumprimento de pena no regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos, o STF deixou assentado que a decisão então proferida não produziria efeitos quanto às penas já extintas na data em que proferida a decisão. De modo similar, no RE 197.917 (BRASIL, 2002a), em que se reconheceu a inconstitucionalidade da lei que fixava o número de vereadores do Município de Mira Estrela, conferiu-se à decisão efeitos *pro futuro*, diante dos graves inconvenientes que a eficácia *ex tunc* provocaria no caso.

5 Análise crítica das evidências da abstração do controle difuso

Antes de iniciar o presente tópico, cumpre advertir que a expressão *controle de constitucionalidade* pode assumir uma amplitude superior às pretensões do presente estudo. Em sentido largo, seria controle de constitucionalidade qualquer aferição de compatibilidade entre um ato jurídico (ato administrativo, decisão judicial, lei etc.) e o texto constitucional. Para os fins aqui propostos, a análise ficará restrita ao campo do controle de constitucionalidade de atos normativos, em que o uso da expressão é mais frequente.

Esta seção é imprescindível para que se possa aquilatar até que ponto as recentes alterações promovidas quanto à eficácia das decisões no controle difuso de constitucionalidade (possibilidade de modulação temporal, eficácia geral e vinculante) e quanto aos procedimentos destinados à realização do controle (aproximação

procedimental entre o rito do controle concentrado e o da arguição de inconstitucionalidade) são suficientes para se falar em abstração.

Ainda no campo das premissas, é preciso que a análise do tema – abstração do controle difuso – seja realizada sem apego às fórmulas que serviram de inspiração para o regime brasileiro de controle de constitucionalidade e, até mesmo, para o direito processual civil brasileiro. Como adverte Tavares (2012, p. 167-168, grifo nosso):

No contexto do modelo de *common law* (cujas características básicas foram apresentadas anteriormente) a preocupação com os dados emergentes do concreto é amplamente admitida, pela própria natureza desse modelo. O *case method*, instaurado por Christopher Columbus Langdell, (sobre o *case method*: Scalia (1997)) conduz com muita nitidez para o concreto. Não o evita, antes o absorve como essencial. A circunstância de se induzir o Direito a partir de casos concretos anteriormente decididos judicialmente demonstra a proximidade com o concreto que o Direito, nesse modelo, apresenta. Assim, o Direito está inexoravelmente preso ao concreto. O *pragmatismo* inerente a um modelo de tomada de decisões como o norte-americano inevitavelmente acaba incorporando o concreto ou, ao menos, as características individuais do caso (nesse sentido: Pound, 1923: 40-50). Quer dizer que a aproximação do fato ao elemento textual da norma é mais facilmente assimilável pela doutrina no modelo de *common law*.

Essa rememoração de um modelo mais distante do brasileiro pode ser aproveitada na medida em que se constata ter ocorrido, mesmo ali, uma resistência inicial na incorporação dos fatos para a caracterização da inconstitucionalidade (tema central do processo objetivo). A desmistificação da concepção tradicional de que a questão de ordem constitucional representa pura questão exclusivamente jurídico-normativa remonta ao começo do século XX, nos Estados Unidos da América do Norte, no caso *Müller v. Oregon* (1908), com o memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no qual havia 2

páginas destinadas às questões jurídicas e outras 95 destinadas aos efeitos (reais), sobre a mulher, da longa duração da jornada de trabalho (Bix, 1999: 156).

Essa importância do concreto na própria compreensão do Direito constitucional é também admitida de maneira corriqueira, em modelos como o brasileiro, de *civil law*, em diversos setores e questões relacionadas ao processo objetivo, ou que dele podem advir.

De outro lado, é necessário cotejar o quadro como um todo; ter presente o conjunto de alterações havidas no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da CRFB, para então ponderar se há, de fato, uma tendência restrita ao campo do controle de constitucionalidade das leis, que seria a tendência da hibridação ou, mais especificamente quanto ao controle difuso, a tendência à abstração.

Nesse sentido, três aspectos precisam ser analisados: (i) a convergência procedimental entre o incidente de arguição de constitucionalidade e as ações de controle concentrado; (ii) a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade; (iii) a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade por meio de procedimentos aptos a produzir precedentes dotados de eficácia *erga omnes* e vinculante.

Quanto ao primeiro ponto, ou seja, a convergência procedimental, é curioso observar que esse fenômeno autoriza enfoques contrapostos. Com efeito, vista a questão da perspectiva do estudo do controle concentrado de constitucionalidade, como faz Tavares (2007, p. 27-29), a impressão que se tem é a de que a admissão do *amicus curiae*, de produção de provas e de realização de audiências públicas, *e.g.*, representam uma abertura para o concreto. Ou seja, aquilo que, visto da perspectiva do controle difuso, representa um passo no sentido da abstração, olhado da perspectiva inversa, sinaliza para a concretude no controle concentrado.

Desde logo fica claro que ou bem uma coisa, ou outra. A aproximação procedimental não pode, a um só tempo, sinalizar a aceleração em sentidos contrapostos. Sendo assim, parece mais acertada a tese daqueles que veem tal fenômeno como a abertura de espaço, no controle concentrado, para a admissão de avaliação a respeito de fatos e provas, até porque havia necessidade de superação de uma jurisprudência bastante reticente a esse respeito (TAVARES, 2007, p. 20-25).

De todo modo, em se considerando que as decisões judiciais – assim como os atos emanados do poder público – legitimam-se pelo procedimento⁴, para que haja, da parte de seus destinatários, uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” (LUHMANN, 1980, p. 30), fica claro que decisões que visem o mesmo resultado (aferição de constitucionalidade de uma norma) devem seguir se não procedimentos iguais, pelo menos semelhantes.

Ainda a respeito do incidente de arguição de inconstitucionalidade, o fato de se ter nele uma cisão funcional da competência (MOREIRA, 2008, p. 42) não o desnatura, nem permite aproximá-lo do controle concentrado realizado pelos tribunais constitucionais europeus a partir de provocação do órgão jurisdicional ordinário (LEAL, 2006, p. 65-66). Como já exposto, a deliberação não é alçada ao STF, pois a matéria é apreciada por outro órgão, mas dentro do próprio Tribunal. Afora isso, não há declaração de inconstitucionalidade, como no controle concentrado, mas apenas a resolução de uma questão incidental.

O segundo argumento utilizado para sustentar a aproximação entre os meios de controle de constitucionalidade das leis é a possibilidade de modulação temporal das decisões proferidas no

⁴ Ver Luhmann (1980, p. 1-47).

controle difuso, já que essa técnica só seria utilizada no controle concentrado, conforme expressa previsão legal (art. 27 da Lei nº 9.868/1999).

Claramente se está, aqui, a transpor para o campo do controle difuso um fenômeno mais amplo: o impacto do princípio da segurança jurídica na invalidação ou desconstituição dos atos estatais, sejam eles administrativos, judiciais ou legislativos. Como preleciona Figueiredo (2001, p. 157), “no Direito Público, exatamente pela presunção de legitimidade dos atos administrativos, a conservação de alguns atos, ainda que viciados, encontra arrimo nos princípios gerais”, até porque “muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social” (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 74).

Com efeito, nem sempre a nulidade se resolve com a invalidação do ato e, mesmo quando esse é o caminho, razões de segurança jurídica – proteção à boa-fé e à confiança (*Treue und Glauben*) – prestam-se a assegurar a manutenção parcial de seus efeitos. Como pondera Beladiez Rojo (1994, p. 54), “la invalidez es la calificación que debe otorgarse no ya cuando exista un desajuste estructural entre el acto y la norma, sino cuando el Derecho considera que ese desajuste estructural no debe ser protegido”. Não se trata, pois, de um fenômeno específico do controle difuso de constitucionalidade das leis, mas pertinente ao controle dos atos estatais como um todo, de sorte que não se pode tomar algo inerente ao todo como característico da parte.

Em relação ao terceiro e último ponto, *i.e.*, a possibilidade de decisões dotadas de eficácia geral (*erga omnes*) em sede de controle difuso de constitucionalidade, há de se destacar inicialmente que não existe qualquer incompatibilidade entre um e outro, pois a gênese dessa modalidade de controle, o *judicial review*, deu-se em sistema jurídico em que as decisões projetam efeitos para todos, por força do instituto do *stare decisis* (vinculação ao precedente).

A questão, aqui, é mais uma vez de perspectiva. Alguém que olhe o modelo brasileiro de controle difuso tendo por parâmetro o *judicial review* terá a percepção de que agora o sistema brasileiro está caminhando no sentido de uma aproximação, ainda que permeada por percalços, com o modelo que lhe serviu de parâmetro quando do advento da Constituição republicana de 1891 (BRASIL, [1926]). Ou seja, a seu juízo, agora o sistema brasileiro estaria se parecendo mais com o controle difuso, como originalmente concebido.

De mais a mais, não há incompatibilidade entre o *stare decisis* e o modelo do *civil law*, sobretudo diante de ordenamentos jurídicos marcados pela miscigenação, como é o caso da realidade jurídica brasileira atual. Chamando atenção para esse fato, Didier Junior (2013, p. 44) aponta

que esse modelo jurídico é o do *brazilian law*. Como demonstra Medina (2017, p. 1.141), “o *stare decisis* não se confunde com o *common law*. Este surgiu muito antes daquele. São, pois, independentes”. Em nota ao texto, o insigne processualista pontua ainda que a ideia de respeito a precedentes tem íntima relação com a ideia de Estado de Direito e, portanto, nada obsta que o Brasil evolua nesse particular:

[E]ssa é mais uma razão para aceitarmos o fato de que nada obsta a adoção, no *civil law*, do *stare decisis*. Além disso, a adoção de um regime de respeito aos precedentes judiciais justifica-se por diversas razões. Ela traz segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, desestímulo à litigância excessiva, confiança, igualdade perante a jurisdição, coerência, respeito à hierarquia, imparcialidade, favorecimento de acordos, economia processual (de *processos* e de *despesas*) e maior eficiência. Embora muitos possam afirmar que o estabelecimento de direitos e deveres por meio de leis escritas traz mais segurança aos cidadãos (já que o exercício da jurisdição estaria legal e previamente balizado), é inegável que, hoje, o juiz brasileiro tem muito mais poder de criação que o juiz do *common law*, tendo em vista que, ao contrário deste último, aquele, em princípio, não deveria (pelo menos, à luz da *letra* da nossa legislação) nenhum respeito aos precedentes judiciais dos tribunais ou órgãos que lhe sejam superiores. [...]. No entanto, trata-se de algo arraigado em nossa cultura e, particularmente, na cultura dos juízes: os juízes de instâncias inferiores não se veem obrigados em repercutir, em seus julgados, orientações firmadas em decisões que tenham proferido anteriormente. Tal estado de coisas contraria, evidentemente, a ideia de *Estado de Direito* estabelecida em nossa Constituição. Ora, se estabilidade e previsibilidade decorrem, naturalmente, da ideia de que vivemos em um Estado de Direito, não há como se fugir desta consequência: os precedentes judiciais devem, sim, ser respeitados, pelos próprios órgãos judiciais que os conceberam e pelo que a eles encontram-se vinculados (MEDINA, 2017, p. 1.141-1.142, grifos do autor).

Com a evolução constitucional e legal, o que se tem verificado é uma tendência à criação de instrumentos para “compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, velando pela unidade retrospectiva do direito brasileiro” (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 452), como se extrai claramente do disposto no art. 927 do CPC/2015⁵.

É necessário referir que, antes do advento do CPC/2015, a jurisprudência já evoluíra para reconhecer, *sponte propria*, caráter vinculante às decisões

⁵“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL, [2019]).

proferidas pelo STF em sede de controle difuso, conforme consignado na ementa do Recurso Especial nº 828.106 (BRASIL, 2006a, p. 1), de relatoria do ministro Teori Albino Zavascki:

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito. Embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

Finalmente, para encerrar o ponto, cabe ter presente que a ampliação do rol de situações e procedimentos dos quais podem exsurgir decisões dotadas de eficácia geral (*erga omnes*) – e até mesmo vinculante – é, no caso brasileiro, um fenômeno extensível a todos os processos judiciais, haja neles controle de constitucionalidade de leis ou não. Assim, é certo que tal fenômeno alcança as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade das leis, mas não é exclusivo desse âmbito, tendo abrangência muito maior.

Trata-se, assim, de um fenômeno geral que não pode ser considerado pertinente apenas ao controle difuso de constitucionalidade, em especial ao controle de constitucionalidade das leis, pois não se pode tomar como característico da parte aquilo que está presente no todo. Já na lógica aristotélica se fazia distinção entre as proposições universais (compatibilização vertical de decisões) e as particulares (compatibilização vertical de decisões em controle difuso de constitucionalidade das leis).

Diversa seria a percepção quanto ao tema se tivesse prosperado a tese de mutação constitucional defendida pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau por ocasião do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC. O anacronismo

da fórmula presente no art. 52, X, da CRFB, ao exigir a edição de uma resolução do Senado para que a declaração incidental de inconstitucionalidade levada a efeito pelo STF possa ter efeitos gerais, finda por colocar na dependência de uma instância política uma eficácia que conferiria enorme racionalidade ao sistema jurídico brasileiro. Sucede que essa tentativa foi frustrada, porque vencida na deliberação do Pleno do STF, de sorte que, no direito brasileiro atual, a regra continua sendo a da eficácia limitada às partes (*inter partes*) da decisão de desaplicação da norma inconstitucional.

Um novo capítulo nesse tema pode ter vindo à tona com o julgamento pelo Pleno do STF da constitucionalidade de leis estaduais que vedavam ou restringiam o uso e comercialização de produtos, materiais ou artefatos contendo amianto:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei federal 9.055/1995 que permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país. A inconstitucionalidade do dispositivo já havia sido incidentalmente declarada no julgamento da ADI 3.937, mas na sessão desta quarta-feira (29) os ministros deram efeito vinculante e *erga omnes* (para todos) à decisão.

A decisão ocorreu no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3.406 e 3.470, ambas propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) contra a Lei 3.579/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva dos produtos contendo a variedade asbesto (amianto branco). Segundo a CNTI, a lei ofenderia os princípios da livre iniciativa e invadiria a competência privativa da União (STF..., 2017).

Como se vê, o STF não apenas reafirmou a inconstitucionalidade de artigo de Lei federal,

como também deu efeito vinculante e *erga omnes* à decisão. O acórdão pende de publicação.

Abboud (2018, p. 512) ressalta que “quando o STF realiza o controle difuso de constitucionalidade, este apenas adquire efeito *erga omnes*, mediante a suspensão da lei considerada inconstitucional pelo Senado Federal, nos termos da CF/1988, art. 52, X”. Sem essa suspensão haveria “usurpação de prerrogativa constitucional do Senado Federal”.

Enquanto não se alcança uma definição a esse respeito, fica claro que a edição de súmulas vinculantes – contemplando a matéria objeto da declaração incidental de inconstitucionalidade – poderia, em certa medida, obviar essa falha sistêmica (déficit de eficácia das decisões proferidas em controle difuso), mas o que se tem visto na prática é uma desaceleração no ritmo de edição dessas súmulas, sobretudo diante da percepção de que elas promovem um substancial aumento na quantidade de reclamações dirigidas ao STF.

6 Conclusão

O controle de constitucionalidade e o da proteção aos direitos fundamentais são, atualmente, os dois principais pilares do constitucionalismo moderno, sendo o primeiro, não raro, utilizado para viabilizar o segundo e dar densidade à ideia de Estado constitucional de direito.

A evolução do controle de constitucionalidade permitiu o surgimento de dois modelos originalmente bem definidos: um, exercido de forma difusa pelos órgãos do poder judiciário, mediante a recusa à aplicação da lei inconstitucional, com vistas à solução de um litígio concreto; o outro, que busca a invalidação do ato, em caráter principal, por um órgão independente especialmente concebido para esse fim. Esses dois modelos passaram por sucessivas mudanças que findaram por transplantar características próprias de um para

outro, em especial quanto à eficácia temporal e pessoal das decisões, e também quanto ao rito para a apreciação da questão constitucional.

Atualmente, embora não seja possível equiparar os dois sistemas, é lícito afirmar que a diferenciação mais apropriada seria entre o controle de constitucionalidade da lei, o qual, sem conflito prévio existente, pressupõe uma jurisdição constitucional encarregada do controle de constitucionalidade, e o controle de constitucionalidade realizado quando da aplicação da lei em subsunção a um determinado conflito.

Observando a experiência jurídica brasileira e a tese sustentada por alguns estudiosos de que o controle difuso estaria passando por um processo de gradual abstração, observam-se três sortes de circunstâncias apresentadas como caracterizadoras do fenômeno: (i) a convergência procedimental entre o incidente de arguição de constitucionalidade e as ações de controle concentrado; (ii) a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade; e (iii) a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade por meio de procedimentos aptos a produzir precedentes dotados de eficácia *erga omnes* e vinculante.

A análise crítica dos aspectos levantados revela, no entanto, que a convergência de procedimento entre o incidente de arguição de inconstitucionalidade e as ações de controle concentrado não afasta o ponto central da distinção entre as formas de controle, tendo em vista o fato de que somente no segundo há a invalidação da lei, pois a questão constitucional é apreciada em caráter principal. De outro lado, fenômenos de ordem geral – como a crescente quantidade de decisões aptas a produzir efeitos *erga omnes* e vinculantes, assim como a possibilidade de preservação dos efeitos do ato inválido no campo do Direito Público – não podem ser apropriados como inerentes apenas ao controle difuso e, portanto, como característicos deste.

Não se recusa a ideia da abstração do controle difuso, mas aqueles que argumentam nesse sentido talvez estejam olhando na direção errada. O que se faz mais premente é o reconhecimento de eficácia geral às decisões proferidas nesse campo, tal como sempre se praticou no *judicial review*, por força do *stare decisis*, e nesse ponto há que se observar o comportamento que o STF adotará a partir do julgamento proferido nas ADIs nºs 3.470 (BRASIL, 2017c) e 3.406 (BRASIL, 2017b), e a aparente expansão de eficácia ali prevista quanto a uma declaração incidental de inconstitucionalidade, sob a forma de uma inconstitucionalidade sucessiva.

Sobre os autores

Lauro Ishikawa é doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; professor da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; professor da graduação em Direito nas Faculdades Integradas Rio Branco, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: lauro.ishikawa@unialfa.com.br

Clóvis Smith Frota Júnior é mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; professor do curso de pós-graduação *lato sensu* da Universidade Federal do Amazonas, Manaus, AM, Brasil; procurador do estado do Amazonas.

E-mail: clovisfrota@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 133-154, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133

(APA)

Ishikawa, L., & Frota, C. S., Jr. (2019). A abstração do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 133-154. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p133

Referências

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Kruger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARRETT, Amy Coney. Stare decisis and due process. *University of Colorado Law Review*, [Boulder, CO], v. 74, p. 1.011-1.076, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. [de acordo com a EC nº 45/2004]. São Paulo: Saraiva, 2006.

BELADIEZ ROJO, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Estudio preliminar de Alejandro Nieto. Madrid: M. Pons, Ediciones Jurídicas, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito constitucional: (instituições de direito público)*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. (Coleção Temas Fundamentais de Direito Público, v. 6).

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1926]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 23 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. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998*. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9756.htm. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 23 abr. 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. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial nº 828.106/SP*. Processual civil. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Constitucional e

tributário. Impossibilidade de apreciação da alegação de violação a dispositivos da Constituição Federal [...]. Recorrente: Vilar Comércio de Bebidas Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, 2 de maio de 2006a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=623920&num_registro=200600690920&data=20060515&formato=PDF. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406/RJ*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.579/2001 do estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. Legitimidade ativa *ad causam*. Pertinência temática. Art. 103, IX, da Constituição da República [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Interessado: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388321&ext=.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.470/RJ*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.579/2001 do estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. Legitimidade ativa *ad causam*. Pertinência temática. Art. 103, IX, da Constituição da República [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI. Interessado: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 167.444-1/PR*. Constitucional. Finsocial. Acórdão que adota o decidido pelo STF. Desnecessidade de a questão ser submetida ao plenário: C.F., art. 97 [...]. Agravante: União Federal. Agravada: Irmãos Muffato e Cia Ltda. Relator: Min. Carlos Velloso, 30 de maio de 1995a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279149>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 168.149-8/RS*. Inconstitucionalidade – incidente – deslocamento do processo para o órgão especial ou para o pleno – desnecessidade. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal [...]. Agravante: União Federal. Agravado: Farmácia Verdebranco Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio, 26 de junho de 1995b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=279253>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus 82.959-7/SP*. Pena – regime de cumprimento – progressão – razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social [...]. Paciente: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça; Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2006b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Reclamação 4.335/AC*. Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio [...]. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 8.093/RO*. Reclamante: Estado de Rondônia. Reclamado: Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Min. Ayres Britto, 16 de junho de 2009c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2671621>. Acesso em: 23 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário nº 190.728-2/SC*. Art. 97 da Constituição Federal. Acórdão de órgão fracionário que, invocando decisão do

Supremo Tribunal Federal, modificativa de precedente do plenário da corte de origem sobre a matéria constitucional em causa, julgou de logo a apelação [...]. Recorrente: União Federal. Recorrido: Luiz Feller & Cia. Relator: Min. Celso de Mello. Relator para o acórdão: Min. Ilmar Galvão, 27 de junho de 1995c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=231740>. Acesso em: 25 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 197.917-8/SP*. Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia [...]. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Min. Maurício Corrêa, 6 de junho de 2002a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 318.715/RS*. Recorrido: Caixa Econômica Federal – CEF; Paulo Roberto Machado Macedo. Relatora: Min. Ellen Gracie, 21 de fevereiro de 2002b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1959735>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 415.454-4/SC*. Recurso extraordinário. Interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, em face de acórdão de turma recursal dos juizados especiais federais [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Theresia Pflanzil Gil Rimbau. Relator: Min. Gilmar Mendes, 8 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491862>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 416.827/SC*. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Edir Gomes de Andrade. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 de julho de 2009d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2201908>. Acesso em: 23 abr. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2007. v. 3.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 1.

_____. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 267-282.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (coord.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 366-395.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. Originalmente apresentado como dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

- HERANI, Renato Gugliano. *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. São Paulo: Método, 2010. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 13).
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. (Ensino Superior).
- LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 14, n. 57, p. 62-81, out./dez. 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, DF: Ed. UnB, 1980. (Coleção Pensamento Político, 15).
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3. ed. rev., atual. e ampl. da obra Direito processual civil moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 3, p. 1-24, jun. 2001.
- MENDES, Marcelo Doval. *Jurisdição constitucional como expressão da separação de poderes: razões e significados da distinção entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade das leis*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/td-08122015-155015/pt-br.php>. Acesso em: 26 abr. 2019.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.
- ÖSTERREICH. *Bundes-Verfassungsgesetz*. [Wien: s. n., 2017]. Disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf. Acesso em: 23 abr. 2019.
- RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Cej*, Brasília, DF, ano 12, n. 41, p. 74-84, abr./jun. 2008. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/20340_arquivo.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.
- STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila. *Notícias STF*, Brasília, DF, 29 nov. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Coleção o que é isto?, v. 3).
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Processo “objetivo” como processo aberto ao concreto. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 13-31, out. 2007.
- UNITED KINGDOM. *United Kingdom's Constitution of 1215 with amendments through 2013*. [London]: Constitute, [2013]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/United_Kingdom_2013.pdf?lang=en. Acesso em: 23 abr. 2019.
- 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: 23 abr. 2019.

A Lei nº 13.654/2018 e os crimes de furto e roubo

Críticas e proposições interpretativas

MATHEUS DE ALENCAR E MIRANDA
LEONARDO SIMÕES AGAPITO

Resumo: O presente artigo toma por objeto a reforma promovida pela Lei nº 13.654/2018 sobre os tipos penais de furto e roubo, atribuindo novas formas qualificadas e agravantes. Embora a principal alteração tenha objetivado recrudescer o tratamento dado aos crimes patrimoniais cometidos com uso de explosivos, observam-se não apenas problemas sistêmicos gerados dentro do Código Penal, como também a perpetuação de erros conceituais que distorcem a tutela penal. Dessa forma, com base no método dedutivo-analítico, faz-se uma análise de toda a reforma e propõem-se mudanças interpretativas e reformas legais que se mostram urgentes.

Palavras-chave: Lei nº 13.654/2018. Furto. Roubo. Explosivos.

Act n. 13.654/2018 defining burglary and assault crimes: critics and interpretative propositions

Abstract: This article reflex about reform brought by Brazilian Act n. 13.654 / 2018 on theft and robbery articles on penal code, creating new descriptions. By this, although the main change was aimed at intensifying the treatment of patrimonial crimes committed with use of explosives, it did not only produce systemic problems on criminal law, but also perpetuates conceptual misunderstands that pervert criminal protection. Thus, using an analytical deductive method, this article analysis all elements of the reform made, not only suggesting interpretive changes, but also urgent legal reforms.

Keywords: Act n. 13.654/2018. Burglary. Assault. Explosives.

Recebido em 29/8/18
Aprovado em 18/3/19

1 Introdução

A Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, trouxe sensíveis modificações nos tipos penais furto e roubo, tradicionais crimes contra o patrimônio. Conforme aquela lei, que altera o Código Penal (CP) (BRASIL, [2018a]),

para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave; e altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, para obrigar instituições que disponibilizem caixas eletrônicos a instalar equipamentos que inutilizem cédulas de moeda corrente (BRASIL, 2018c).

Numa primeira leitura, cumpre registrar que a Lei nº 13.654/2018 inovou o ordenamento jurídico: (1) ao modificar o art. 155 do CP, referente ao furto, incluindo duas novas qualificadoras: (a) furto mediante emprego de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A) e (b) furto de substâncias explosivas ou acessórios que permitam sua construção (art. 155, § 7º); e (2) ao modificar o art. 157, que tutela o roubo, para: (a) revogar o inciso I do § 2º, referente ao emprego de arma genérico; (b) incluir o inciso VI no mesmo parágrafo, referente à subtração de material explosivo ou acessórios que permitam sua construção; (c) incluir o § 2º-A, que majora a pena caso se utilize arma de fogo ou explosivo na prática do roubo; e (d) modificar a redação do § 3º, separando o roubo qualificado pela lesão corporal grave (agora inciso I) do latrocínio (inciso II) e aumentando a previsão de pena, no primeiro caso, de 7 para 18 anos de reclusão.

Expostas as modificações no CP, apontam-se algumas reflexões críticas. Primeiramente, analisam-se as alterações no sistema jurídico; em seguida, desenvolvem-se as críticas por uma perspectiva político-criminal; por fim, demonstram-se as modificações cabíveis para melhor adequação dogmática.

2 As mudanças previstas na Lei nº 13.654/2018

A tutela penal do patrimônio é constantemente criticada pelos mais distintos espectros políticos e setores do pensamento dogmático; demanda uma modificação em seus fundamentos e põe em xeque a orientação prevista na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]). De modo exemplar, deve o Direito Penal proteger o patrimônio ou a propriedade privada (e todos os direitos inerentes a ela)? A coisa em si, suas características essenciais, ou os direitos sobre a coisa

e a liberdade de dispor como lhe aprouver? O art. 5º, *caput*, da CRFB faz referência ao direito à propriedade privada e seus incisos XXII a XXIX lhe fazem eco, tal qual o Título VII, que trata da ordem econômica. A proteção constitucional ao patrimônio também se relaciona ao patrimônio público histórico, cultural ou artístico; e também quanto à atuação dos órgãos de segurança pública, no art. 144. Portanto, o patrimônio (como bem jurídico a ser tutelado) goza de proteção especial quando se trata de bem de relevância pública. No mais, sua importância diz respeito a políticas de segurança pública, considerando os órgãos de atuação preventiva e ostensiva, e não a tutela jurídico-criminal, que incide sobre a propriedade. Essa distinção é ignorada no CP.

Em contraste com essas diversas necessidades amplas, a reforma inscrita na Lei nº 13.654/2018 é bastante específica, tendo seguido um trâmite legislativo brevíssimo (entre novembro de 2017 a abril de 2018), em regime de urgência no Senado, sem alterações, emendas ou vetos, de modo a não chamar a atenção para alterações consideráveis. Portanto, nesta primeira análise cabe responder: a) por que a alteração legislativa se sobrepôs em urgência em detrimento de uma mais alargada revisão do Título que trata dos crimes patrimoniais no CP?; b) em qual cenário fático essa alteração foi demandada?; c) tais alterações são, para o sistema atual, compatíveis e proporcionais?; d) quais suas consequências imediatas?

É o que se pretende discutir a seguir.

2.1 Considerações sobre o crime de furto

Em termos classificatórios, o furto pode ser simples, privilegiado e qualificado. Sem a necessidade aqui de avançar nas definições, deve-se dizer que as mudanças na Lei nº 13.654/2018 dizem respeito a duas novas modalidades qualificadas.

Primeiramente, pela inclusão do § 4º-A no art. 155 do CP, o furto será qualificado quando houver o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Em tese, o Código apresenta como nova qualificadora o uso de elemento em si já reprovado pela Lei nº 10.826/2003 (BRASIL, [2017b]), em seu art. 16, parágrafo único, III. Contudo, o § 4º, I, do art. 155 do CP já previa como agravante a “destruição ou rompimento de obstáculo”, de modo que o explosivo seria uma forma de assim agir. Em que pesem outras formas de “destruir ou romper obstáculo”, a margem já existente para o julgador arbitrar a conduta entre 2 e 8 anos de reclusão esvazia de urgência a criação de nova agravante. Ao contrário, se destruir ou romper obstáculo não é o único fim objetivado por todos que utilizam explosivos para cometer um furto, o novo § 4º-A deveria esclarecer que outras situações são recorrentes, de modo que a agravante do art. 4º, I, continue a ser aplicada aos casos em que for o único objetivo de quem empregou explosivos.

De qualquer forma, a partir da Lei nº 13.654/2018, o crime de explosão (art. 251, CP) e o porte de artefato explosivo (art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/2003) são absorvidos pelo crime de furto quando ocorrer a situação descrita (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 668). Semelhantemente, com a inclusão do § 7º do art. 155 do CP, o furto é qualificado se o objeto material subtraído for substância explosiva ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. No caso, o objeto do crime patrimonial é a subtração de tais objetos perigosos em si, o que novamente absorve como qualificadora o que alguns poderiam considerar crime autônomo de posse ilegal de “artefato explosivo” (já referido art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/2003). Observa-se, desse modo, a antecipação da tutela penal a fim de

conferir tratamento mais grave para o comportamento antecedente de subtração de artefatos que, futuramente, poderão ser utilizados para o cometimento de crimes semelhantes.

De acordo com decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ),

[p]ode-se entender que um explosivo é, em sentido amplo, um material extremamente instável, que pode se decompor rapidamente, formando produtos estáveis. Esse processo é denominado de explosão e é acompanhado por uma intensa liberação de energia, que pode ser feita sob diversas formas e gera uma considerável destruição decorrente da liberação dessa energia. No entanto, não será considerado explosivo o artefato que, embora ativado por explosivo, não projete e nem disperse fragmentos perigosos como metal, vidro ou plástico quebradiço, não possuindo, portanto, considerável potencial de destruição (BRASIL, 2017d).

O que singularizou tal medida legal foi que o furto nessas circunstâncias é capaz de gerar perigo comum, que no caso se materializa com o emprego do explosivo. Concretamente, a modalidade mais comum de furto com uso de explosivos ocorre em agências bancárias e caixas eletrônicos.

O perigo em questão é presumido pelo legislador. Contudo, pondera-se que, diversamente do porte ilegal de arma de fogo – cuja proibição e perigo presumido vêm fundamentados por larga evidência do aumento do número de mortes pelo emprego de armas de fogo –, a hipótese do emprego de explosivos não se lastreia em nada além do discurso de que aumentaram os casos de furtos em agências bancárias e caixas eletrônicos com emprego de explosivos. Esse discurso, apesar de carecer de comprovação empírica confiável, é sustentado pela ocorrência de casos de repercussão midiática¹, impactando a “opinião pública” e abrindo a janela da oportunidade de alteração legislativa. Nesse contexto, a reforma penal foi elaborada e aprovada de forma célere, pautando, em síntese, endurecimentos de pena dentro do CP.

Portanto, nota-se que, em vez de se exigir o aprimoramento das políticas de segurança pública que poderiam desincentivar essas condutas (até o ponto de impossibilitá-las), optou-se pela já conhecida solução de mudanças pontuais da legislação penal. Nesse sentido, enquanto a figura do art. 155, § 4º-A do CP é a própria punição do estouro de caixa

¹De forma exemplificativa, algumas manchetes: “Criminosos amarram explosivos em gerente de banco e fazem vítima refém no Pará” (CRIMINOSOS..., 2018); “RS tem seis ataques a bancos em 30 horas” (MENDES, 2018); “Grupo armado usa explosivos e troca tiros em roubo a banco de Piracicaba [SP]” (GRUPO..., 2018); “Polícia prende quatro suspeitos de assalto a banco e apreende explosivos” (COSTA, 2018); “Seis agências bancárias são alvos de explosão e roubo em três cidades de MG” (SEIS..., 2018). Esses relatos, apontados de forma exemplificativa, ocorreram entre abril e julho de 2018 e evidenciam não só o contexto em que a reforma se inclui, mas também a falta de impacto de tal mudança legal, seja preventivo, seja para a própria mídia.

eletrônico com previsão de pena semelhante ao roubo, o art. 155, § 7º do CP evidencia o escopo do controle² antecipado do “futuro crime”, ou seja, a punição em igual medida de quem se vale do emprego de explosivo para o furto e daquele que furta o explosivo para usar posteriormente (igualando a punição prevista para o ato e para um ato que o precede).

2.2 Considerações sobre o crime de roubo

A Lei nº 13.654/2018 apresenta três alterações aparentemente simples, em termos dogmáticos, na figura do crime de roubo. A primeira consiste na revogação do inciso I do § 2º, que previa aumento de pena de um terço até a metade em razão do emprego de arma para a realização de um roubo. Sua previsão simples incluía o uso de armas brancas, armas de fogo e qualquer outro objeto capaz de gerar lesão. Substituiu-se essa previsão pelo § 2º-A, em que a pena é sempre aumentada em dois terços pelo emprego de arma de fogo ou rompimento de obstáculo com o uso de explosivo.

Destaque-se a própria distinção entre arma de fogo (revólver, pistola, carabina, fuzil, metralhadora etc.) e arma branca (punhal, navalha, espada etc.). Após a Lei nº 13.654/2018, o roubo somente é majorado pelo emprego de arma se ela é arma de fogo, ou seja, “aquele artefato que lance um ou mais projéteis em alta velocidade através de uma ação pneumática de explosão ou deflagração” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 675). Com a reforma, “no caso de arma branca ou imprópria empregada para a prática do roubo, não há mais a incidência de causa de aumento de pena. Cuida-se de *novatio legis in melius*, retroagindo – a norma penal mais benéfica –

² Sobre o Direito Penal das sociedades pós-industriais e sua preocupação com o controle de riscos, com base na leitura de *Sociedade do Risco* (SILVA SÁNCHEZ, 2001); no mesmo sentido, no Brasil, ver Bottini (2007).

em favor de todos aqueles processados ou já condenados” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 675).

Nesse ponto cabe a ponderação de que não há razão em afirmar que a mudança da lei se deu pelo fato de o legislador não mais reconhecer como majorante aquilo que não tem a finalidade única de ser arma. Historicamente, a maior parte das armas produzidas pela humanidade não é composta por armas de fogo e explosivos, ainda que estas sejam as principais atualmente. E se há o argumento de que armas perfurocortantes podem sempre ter outra utilidade, o argumento se enfraquece totalmente quando se pensa nas armas de choque, tranquilizantes, “balas de borracha”, bem como nas granadas de efeito moral e de gás lacrimogêneo, não abarcadas pelos incisos, mas cuja função única é causar lesões e impedir que qualquer pessoa possa defender-se ou atacar. Em síntese, importa compreender que não é a *finalidade* do objeto que delimita se ele se enquadra ou não como causa de aumento de pena no roubo, mas sim se o legislador já o considerou, em outro dispositivo legal, uma *arma que por si só gera perigo abstrato*. É a utilização de uma dessas armas no caso concreto que fundamenta o aumento de pena acima das demais causas majorantes.

Saliente-se a discussão suscitada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) de que a revogação do inc. I do § 2º do art. 157 seria formalmente inconstitucional. O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo manifestou-se por meio do Aviso nº 162/2018, em 3 de maio de 2018 (SÃO PAULO, 2018)³, afirmando que entende que a revogação do inc. I do § 2º do art. 157 do CP seria inconstitucional porque a Comissão de Redação Legislativa (CORELE) decidiu unilateralmente pela criação do art. 4º da Lei nº 13.654/2018, que revogou aquele inciso.

³ Publicado no Diário Oficial em 9/5/2018.

Como os parlamentares, no Projeto de Lei do Senado (PLS) 149/2015 (BRASIL, 2015), tinham votado pela manutenção de ambas as majorantes, a revogação foi feita por quem não tinha competência para isso, infringindo o devido processo legislativo. Dessa forma, conforme o art. 65 da Constituição, o art. 4º da Lei nº 13.654/2018 (e somente ele, porque o resto teria sido votado corretamente pelo Congresso) seria formalmente inconstitucional, o que tornaria inválida a revogação do inc. I do § 2º do art. 157 do CP. Dessa forma, continuaria válido o inc. I do art. 157, § 2º do CP para valorar o uso de armas brancas e impróprias.

Em virtude disso, sugeriu-se que os promotores de justiça de SP suscitassem a inconstitucionalidade da revogação do inc. I do § 2º do art. 157 do CP em matéria de controle difuso de constitucionalidade, insistindo na aplicação do dispositivo revogado. A tese foi levantada e levada à discussão pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que acolheu o argumento do MPSP. O próximo passo é a discussão pelo Órgão Especial do TJSP, que analisará a constitucionalidade formal do dispositivo e buscará um entendimento para todo o Estado⁴.

A despeito das iniciativas do Estado de São Paulo, ressalte-se que o STJ já decidiu sobre casos de roubo com arma branca e capitulou a infração na forma do art. 157, *caput*, do CP⁵. Recentemente, o reconhecimento de *abolitio criminis* promovido pela Lei nº 13.654/2018 no roubo foi matéria do Informativo nº 626 do STJ (INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA, 2018). Quanto ao tema, os ministros não se

manifestaram pela inconstitucionalidade como entendido pelo TJSP, o que leva a crer que a questão somente será decidida em sede de controle concentrado de constitucionalidade no STF⁶.

Ademais, a mera declaração de inconstitucionalidade da revogação do inc. I do § 2º do art. 157 do CP é insuficiente para a resolução dos problemas ocasionados pela mudança da lei⁷. Por ora, importa que o entendimento por trás do posicionamento do MPSP é de que a razão da mudança da lei é estabelecer um reforço punitivo para casos de uso de armas mais danosas. O posicionamento escora-se no argumento de que o legislador deixou isso explícito na redação aprovada para a reforma legal ao somente criar o § 2º-A sem revogar o inc. I do

⁶ A análise é urgente e importantíssima em razão da quantidade de consequências que pode desencadear. Entre elas, o problema de segurança jurídica. Isso se dá porque (a) em alguns entendimentos se tem aplicado o inc. I em relação ao emprego de armas brancas ou impróprias no roubo sob o argumento de que a revogação foi inconstitucional; ao passo que, em outros locais (b), se tem sustentado que o emprego das armas em questão é circunstância que torna a conduta do *caput* mais grave; e, em outros ainda (c), compreende-se que o emprego de armas brancas ou impróprias é somente conduta elementar do tipo e não gera qualquer consequência. A divergência de interpretação entre (b) e (c) é razoável e entendemos que a adoção de um desses dois entendimentos depende das condições do caso concreto; por outro lado, a distância entre a interpretação de (a) e as outras duas é muito grande, principalmente porque torna obrigatória a aplicação do aumento, retirando a margem de julgamento do juiz e, principalmente, gerando problemas seriíssimos no âmbito da execução penal. A adoção de (a) impede a aplicação da *reformatio in melius* e a atenuação de pena de inúmeros apenados. A diferença de tratamento de apenados nas diversas unidades federativas é flagrantemente inconstitucional e não pode continuar. Por isso, é necessário cautela tanto de juízes e desembargadores na aplicação da lei, enquanto não se resolve a pendência, quanto dos ministros durante o julgamento de eventual ação, tendo em conta que devem analisar todas as consequências de uma decisão antes de proferi-la. Enfim, esses problemas de ordem prática precisam receber resposta urgente, algo que só pode vir com um julgamento definitivo pelo STF.

⁷ Neste ponto não se discute se há ou não a inconstitucionalidade. O que se pretende neste texto é discutir as consequências penais da reforma dentro das duas posições: com ou sem a inconstitucionalidade. Portanto, deixa-se a discussão sobre constitucionalidade para os constitucionalistas, até mesmo porque há dúvidas sobre o alegado vício formal. Sobre a divergência, sustentando o posicionamento de que não há inconstitucionalidade, ver Veiga e Fabris Neto (2018).

⁴ Sobre o tema, ver Rodas (2018).

⁵ Por exemplo, durante o julgamento do REsp 1.519.860/RJ (BRASIL, 2018d), de relatoria do ministro Jorge Mussi, julgado pela Quinta Turma em 17/5/2018, publicado no DJe em 25/5/2018. Comentando a decisão no caso, ver STJ... (2018).

§ 2º do art. 157 do CP. Vale ressaltar, por fim, que esse entendimento se difundiu nos órgãos ministeriais do País.

A segunda alteração no art. 157 do CP, presente na Lei nº 13.654/2018, consiste na inserção do inc. VI no § 2º, majorando o roubo caso o objeto da subtração sejam “substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego” (BRASIL, [2018a]), semelhantemente ao que já se descreveu no art. 155 do CP. Na leitura do novo inciso, percebe-se uma estranheza inicial: as causas de aumento de pena centravam-se na dificuldade de defesa da vítima, ou seja, eram orientadas pela posição da pessoa lesada, davam relevância para a posição do sujeito passivo de um crime; mas, nesse inciso, isoladamente, o que importa é o objeto da subtração⁸.

Nota-se, portanto, que o legislador corrompe o histórico sentido de interpretação do artigo, subtraindo completamente a posição da vítima para inserir excertos de razões político-criminalmente duvidosas. Há um direcionamento a certos sujeitos destinatários da (nova) norma penal que se interessam pela subtração de explosivos e posteriormente podem usá-los para ofender as vítimas igualmente direcionadas (os bancos): as associações e organizações criminosas.

A majorante aponta para a suspeita de que se tratou de uma reforma despreocupada com a posição das pessoas naturais vítimas de roubo, já que mais preocupada em atacar o “crime organizado” que se vale do uso de explosivos

⁸ Ainda que seja possível levantar a mesma discussão quanto ao inc. IV do mesmo § 2º, neste não é o roubo de carro que importa, mas sim a prática do autor do crime de levar o automóvel para outro estado ou país. Apesar de ser discutível a limitação do inciso para os casos em que o objeto é um automóvel, essa prática é valorada negativamente não por causa do seu objeto, mas devido à conduta do autor, que dificulta a recuperação do proveito do crime (especificando uma modalidade de ocultação, já valorada pelo art. 61, II, b, do CP). Apesar da limitação do objeto, a razão do aumento (sua orientação político-criminal) continua a mesma.

para causar prejuízos às instituições financeiras. Percebe-se mais uma vez o recurso à velha prática de somente aumentar a pena de um crime sem oferecer a devida contrapartida em termos de políticas que incentivem a cooperação de partes interessadas em evitar crime ou que suprimam condições de incentivo ao cometimento de crimes desse tipo. Além disso, observa-se ainda uma tentativa de combater o crime organizado por via transversa, no espaço reservado para a tutela do patrimônio.⁹ Dessa forma, a eficiência e as razões da reforma merecem ser questionadas.

Como terceiro ponto alterado pela Lei nº 13.654/2018, há apenas uma alteração na redação do § 3º, que dispõe sobre resultados lesivos a pessoa, aumentando o máximo de pena de 15 para 18 anos no caso de lesão grave. Note-se que esse aumento se deu “para preservar a proporcionalidade entre as sanções penais – haja vista a majoração de 2/3 da pena do roubo com emprego de arma de fogo e da destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum” (SOUZA; JAPIASSÚ, 2018, p. 676). A (nova) pena do roubo qualificado pela lesão corporal grave ficou entre 7 e 18 anos, ao passo que a conta da pena-base do roubo mais o aumento de 2/3 do § 2º-A gera pena de 6 anos e 8 meses a 16 anos e 8 meses. A reforma aumentou o máximo de pena para garantir que o roubo

⁹ Esse tipo de “legislação do medo”, pensada para um microcosmo criminal, acaba por negligenciar cenários efetivamente sensíveis e sobrecarregam o Direito Penal como única solução, esquecendo-se de que este também apresenta suas incoerências sistêmicas que podem potencializar os conflitos ao invés de os solucionar. No caso em discussão, destaque-se a Súmula 380 do TJRJ (RIO DE JANEIRO, 2018, p. [1]): “Não se mostra necessária a apreensão e exame da arma de fogo para comprovar a circunstância majorante no delito de roubo, desde que demonstrado seu emprego por outros meios de prova”. Sua aplicação após a reforma reflete um excesso de virtualização da realidade que impulsiona as incoerências ora criticadas. Repensar a lesividade no crime de roubo pelo uso de armamento e explosivos exige repensar os elementos mínimos de prova que garantam segurança e confiabilidade aos juízos.

majorado não tivesse pena mais grave que sua forma qualificada¹⁰.

Em suma, os três pontos da reforma do tipo penal de roubo consistiram em: a) um recrudescimento de penas sem grandes justificativas ou preocupação com a estruturação do artigo; b) uma especial atenção aos crimes cometidos contra instituições em detrimento da violência contra pessoas efetivamente; c) uma predileção pela solução penal como resposta política.¹¹

2.3 Considerações sobre as mudanças na Lei nº 7.102/1983

Contrariamente ao recrudescimento penal exposto até aqui, a reforma introduziu um novo

¹⁰ Considerando que, para a jurisprudência majoritária, o roubo qualificado (art. 157, § 3º, ambos os incisos) admite a tentativa, a reforma pode apontar para incongruências ainda maiores: em termos de pena, “compensaria” ao autor do crime causar lesões leves com a arma ou explosivos para enquadrar a conduta em roubo qualificado pela lesão grave tentada. Em síntese, o novo preceito secundário da norma do art. 157 (referente à consequência jurídica do delito) poderia comunicar (preceito primário) que causar um pequeno mal à integridade física da vítima manifestando vontade de causar um mal maior é menos reprovável que causar mal algum, bastando a existência de emprego de arma de fogo. Considerando essas questões de proporcionalidade, não seria de admirar que fosse mais frequente a aplicação do art. 157, § 2º-A em casos semelhantes. Isso, contudo, evidencia o caráter de virtualização da realidade e de legislação do medo da reforma: importa mais o potencial que a efetiva lesão.

¹¹ Como última aresta do debate, a despeito de todo o desenvolvimento (entre 1996 e 2003) da compreensão relacionada ao uso de simulacro de arma de fogo, tem-se agora um cenário legal que não permite compreensão diversa de sua irrelevância para fins de agravamento da pena. Igualmente, não faz sentido punir separadamente a coação nos termos do art. 147 do CP, já que a grave ameaça é prevista no próprio tipo simples do roubo. Aparentemente, essa mudança de entendimento do legislador, em 2003, com o Estatuto do Desarmamento, é confirmada quanto ao uso de explosivos, pois novamente se fez silente. Portanto, caso uma vítima seja coagida a cooperar sob ameaça do emprego de explosivos, é imprescindível que haja perícia. Ainda que a vítima tenha invólucros amarrados ao corpo, há de se averiguar e confirmar a natureza dos elementos e sua aptidão a causar danos, ou seja, não apenas a existência de explosivos, mas em quantidade suficiente e ajustada de forma eficaz a produzir uma explosão – do contrário, atuou-se para o engano (simulando a grave ameaça) ou enganado (com meio totalmente impróprio).

artigo na lei, o qual trata da segurança em instituições financeiras e de transporte de valores, tornando obrigatório o uso de dispositivos em caixas eletrônicos que inutilizem suas cédulas durante arrombamento ou violação. Caso um dos sistemas permitidos por esse novo artigo (como uso de tinta especial, pó químico ou pirotecnia) não seja adotado, poder-se-á aplicar pena de multa, advertência ou interdição do estabelecimento.

Por duas razões é contraditória a situação criada: a) semelhantemente aos casos em que a jurisprudência reconhece ser crime impossível o furto em estabelecimento comercial dotado de mecanismos de segurança que permitam o controle de todos os seus clientes¹², assim também seria impossível a subtração de cédulas inutilizadas¹³, cujo valor monetário desaparece – seria apenas caso de um crime de explosão ou de dano patrimonial; b) o aumento das penas previstas para o uso de explosivos não é

¹² Quanto a isso, a súmula 567 do STJ (BRASIL, 2016c) dispõe o inverso: a simples existência de sistema de segurança interna não torna o crime impossível. Apesar de ser esta a posição considerada “majoritária”, faltam critérios que indiquem qual é a “mínima possibilidade” relevante, ficando ao arbítrio casual do julgador. Portanto, o que se apresenta aqui é o fato de a jurisprudência, mesmo sem critérios bem definidos, reconhecer que a segurança privada pode inviabilizar uma conduta criminosa. No caso dos bancos, claramente, restaria pensar quais são os sistemas necessários para extinguir a “mínima possibilidade relevante”.

¹³ Não se quer dizer com isso que a hipótese de “crime impossível” ocorrerá sempre, mas que é possível que ela aconteça. Em sentido diverso, Souza e Japiassú (2018, p. 675) sustentam que, por mais que se implemente um bom sistema de inutilização de cédulas, “pelas próprias características do armazenamento de papel moeda em maços, sempre restarão espécimes não atingidos pela tinta ou pó químico, razão pela qual a discussão acerca da tentativa inidônea parece se limitar apenas ao plano teórico”. De todo modo, o posicionamento hipotético-dedutivo dos professores da UERJ exige contraprova no caso concreto, uma vez que, conforme sustenta Galvão (2013, p. 263), o crime impossível, em especial na modalidade da ineficácia absoluta do meio, exige exame no caso concreto: “O exame sobre a ineficácia não pode restringir a análise aos meios ou instrumentos utilizados pelo sujeito, de maneira isolada, abstratamente, mas, sim, no contexto do modo concreto como o sujeito os emprega”. Dessa forma, cabe aos tribunais decidir sobre essas questões.

reproduzido como aumento de multas para os estabelecimentos que deixam de adotar as novas medidas de segurança, deixando-se isso a cargo de normas administrativas do Banco Central; c) as agências que não se utilizarem dos dispositivos eficazes, por também cometerem ilícito, passam a ser responsáveis pelo dano, o que se considera dogmaticamente uma “autocolocação” em perigo da vítima¹⁴, reduzindo a sanção penal do infrator em alguma medida.

Dessa forma, a inclusão do art. 2º-A na Lei nº 7.102/1983 (BRASIL, [2018b]) torna o recrudescimento vazio de aplicação, oscilando entre “crime impossível” e “âmbito de competência da vítima” (caso os dispositivos de segurança não sejam implementados), reduzindo todo o debate anterior a um simbolismo penal típico (“típico” justamente pela ambiguidade do termo). Contudo, se esta é a compreensão mais acertada do sistema criado pela Lei nº 13.654/2018, não o é a conclusão primeira a que chegará o aplicador que atentar unicamente nas mudanças no CP, sem essa leitura sistêmica. Trata-se de lei pouco significativa em si, mas suficientemente perigosa para os tribunais (enquanto simples recrudescimento penal), de modo que uma crítica político-criminalmente orientada deve compreender os diferentes cenários atingidos, sem desatentar-se ao microcosmo do diploma penal.

3 Uma política criminal orientada com base na vítima

Os estudos de vitimologia têm crescido nos últimos anos, particularmente na perspectiva do processo penal, que, na busca da pacificação

¹⁴Sobre a “autocolocação” em perigo da vítima e seus reflexos para a responsabilidade penal do autor, desde a perspectiva da imputação objetiva, ver Greco (2013). Aplica-se, ainda, o disposto no art. 59 do CP para a valoração na esfera da aplicação de pena.

social de conflitos, demanda maior participação daquele que é diretamente atingido pelo delito. De forma abstrata, a pacificação sistêmica depende diretamente da pacificação do contexto específico do delito por meio de seus atores diretos. Contudo, a dogmática há muito tempo observa a vítima *in concreto* como elemento valorativo significativo em seus tipos penais, seja pelas condições em que a vítima se encontra, seja por quem ela é. Os crimes contra a vida são exemplares, pois a forma de execução e a relação com a vítima (se é crime de ódio, se é cometido contra ascendente ou descendente) diferenciam-se na repercussão midiática.

Nos crimes patrimoniais, a diversidade quanto à execução e à relação com a vítima é também socialmente significativa. Hobsbawm (2017, p. 74), analisando o fenômeno do banditismo social, destaca não apenas a existência de um código moral interno rígido em determinados grupos criminosos, como desenvolve a tese de que esse código intenta justamente trazer apoio social às atividades do bando, “isso porque o bandido nobre é bom. Para citarmos um caso em que há um certo conflito entre a realidade e a imagem, afirma-se que Jesse James jamais roubou pregadores, viúvas, órfãos e ex-confederados”.

Dessa forma, se à dogmática cabe empregar os valores de uma política criminal derivada de um contexto social particular, propõe-se o presente artigo diferenciar os crimes patrimoniais não com base no modo de execução, mas na vítima, entendendo que baseadas nela são pensadas as formas adequadas de execução da conduta.

Conforme essas análises, as mudanças apresentadas pela Lei nº 13.654/2018 tiveram por objetivo aumentar a repressão aos crimes cometidos contra agências bancárias. Considerando isso, a primeira distinção entre vítimas justamente deve ocorrer por sua natureza. O crime

patrimonial contra pessoa que transita em via pública tem sua preparação totalmente diversa daquele que se pratica contra um estabelecimento comercial, ainda que a localização seja a mesma. Igualmente, aquele que invade residência durante o repouso noturno tem por objetivo principal surpreender as vítimas, ao passo que quem invade agência bancária durante a noite busca encontrar um número menor de testemunhas. Diferenciar a natureza da vítima permite também compreender a própria lesividade da conduta.

Assim, a distinção com base nas vítimas (pessoas naturais e jurídicas) justifica-se: a) por ser diversa a valoração social; b) pois os meios de execução são diversos; c) pois os meios de execução, ainda que coincidentes, devem ser valorados diversamente.

3.1 A especial tutela da pessoa natural: propostas de revisão na interpretação dos tipos penais furto e roubo

O crime de furto, entendido como subtração de coisa alheia móvel, tem cinco modalidades qualificadas com base na nova redação. Duas delas, inseridas pelas Leis nºs 9.426/1996 e 13.330/2016 (BRASIL, [1997], 2016b), já diziam respeito ao objeto do furto (respectivamente, veículos automotores e “semoventes domesticáveis”), que são exemplos claros de uma legislação do medo. As duas novas qualificadoras (furto com material explosivo e furto de material para fabricação de explosivos), no entanto, não parecem efetivamente relevantes para a criminalidade contra pessoa natural (uso de material explosivo para invasão de residência ou armazenamento de quantidade expressiva de explosivos por parte da vítima). A relevância, nesse ponto, diz respeito a vítimas que são pessoas jurídicas (uso de material explosivo para destruição de mecanismos de segurança de bancos ou armazenamento de quantidade expressiva de explosivos por empresas militares ou mineradoras).

O crime de roubo é historicamente compreendido, inclusive pela corrente majoritária contemporânea, como um crime pluriofensivo, pois ofende a propriedade e a integridade física ou psíquica da vítima¹⁵. Note-se

¹⁵ Este posicionamento da pluriofensividade aparece, por exemplo, em: Souza e Japiassú (2018, p. 671); Bitencourt (2010, p. 96); Cunha (2010, p. 141); Greco (2010, p. 57); Nucci (2014, p. 1.325); Prado (2010, p. 319). Os autores, contudo, partem de um mesmo referencial: Hungria (1942-1958, p. 54), que inicialmente comenta a separação entre o roubo e o furto, e argumenta ser o roubo crime complexo que abrange o furto como crime-fim e os demais crimes (em especial o constrangimento ilegal) como crimes-meio. Os problemas da concepção de Hungria (adotada pelos demais), como se verá, são dois: a ausência de explicação suficiente para o outro meio que impossibilita a resistência por parte da vítima; e a vinculação entre “crime mais grave” e “crime-fim” para explicar o art. 157, § 3º, do CP. O primeiro problema esvazia a explicação do roubo como crime pluriofensivo e o segundo é incoerente com a própria tipificação, uma vez que o que separa um latrocínio de um homicídio é justamente a finalidade específica de subtração, e não de matar a vítima (o

que, como crime pluriofensivo que exige a ofensa a um bem jurídico de pessoa física (integridade física ou psíquica), o crime de roubo, mesmo quando praticado contra propriedade de pessoa jurídica, exigia o concurso necessário de vítimas com uma pessoa natural. O crime de roubo, portanto, tem especial tutela da pessoa natural, algo que parece ter sido esquecido pelo legislador na reforma promovida pela Lei nº 13.654/2018.

Todavia, criticar a reforma somente porque esteve distante da análise de ofensa a “bens jurídicos” não é suficiente, porque subtrai das vítimas a centralidade do processo de proteção pelo direito. A crítica poderosa advém da real centralização na vítima para a interpretação dos tipos penais, ou seja, reinterpreta-los considerando de que maneira pode haver efetiva proteção das pessoas considerando aquilo que *realmente são* e não o que *virtualmente têm*.

Por isso, propõem-se aqui novos parâmetros interpretativos. Partindo do roubo, tem-se que ele é, em verdade, não uma infração a vários bens jurídicos, mas sim, de forma simplificada, uma subtração de propriedade (de bem móvel) alheia com *imposição* de condição que *impossibilita a defesa da própria esfera jurídica pela vítima*. Sobre essa condição, deve-se fazer remissão às causas *excludentes de ilicitude*, que são as *manifestações do limite do exercício da autotutela autorizado pelo Direito*.¹⁶ Ou seja, a conduta típica de roubo impõe à vítima, além do ônus da subtração do patrimônio móvel, outro referente à limitação do direito de autodefesa que o próprio direito permitia, mas que o autor do crime usurpou¹⁷.

Essa construção do conceito de roubo realiza-se, pois, em duas vias: partindo do conceito de furto e diferenciando o roubo dele; e tomando a

resultado morte pode ser obtido até mesmo de forma culposa, ao passo que a finalidade específica de subtração é imperativa, ainda que o resultado da subtração não seja atingido, o que comprova que “crime-fim” e “crime mais grave” não são sinônimos).

¹⁶Sobre as excludentes de ilicitude, Pawlik (2012, p. 95-96) descreve o entendimento da doutrina penal majoritária na Alemanha, derivada do conceito de injusto de Ihering: “todavia se pode encontrar na literatura atual – em particular Stratenwerth, discípulo de Welzel – uma argumentação bem próxima de Mezger. Injusto e culpabilidade refletiriam segundo ela ‘duas perspectivas de valoração diferentes’: a perspectiva do *autor* seria apenas relevante para a análise da culpabilidade, na qual se pergunta se esse autor concreto poderia haver evitado a ação incriminada e se, portanto, essa seria reprovável. Pelo contrário, na análise do injusto se consideraria o interesse da *vítima* à incolumidade do estado dos seus bens jurídicos. Da mesma forma com que o direito ordenaria a vida social por meio das normas, estabeleceria barreiras dentro das quais o cidadão concreto, a seu bel-prazer, poderia decidir sobre sua configuração, e para o caso de serem ultrapassados, permitiriam ao afetado um direito de defesa. [...] Novamente, é por isso que a perspectiva de que foi atacado – sua necessidade de proteção e seu poder de defender-se – é o que lhe permitiria adjudicar à ‘questão da antijuricidade’”. Posteriormente, o autor critica essa corrente de “duas perspectivas de valorações diferentes” do crime, propondo a fusão entre injusto e culpabilidade e apontando, inclusive, que não é necessário um fato típico para criar o direito de defesa. Apesar da interessante perspectiva, importa, para este trabalho, a ideia de defesa da própria esfera de organização como o recurso às excludentes de ilicitude, ou seja, é lícita a ação que, típica ou não, refere-se à defesa da própria esfera de organização do cidadão.

¹⁷Nos termos de Hungria (1942-1958, p. 52, grifo do autor): “privar à vítima o *poder de agir*”.

posição da vítima em consideração para realizar esta diferenciação entre furto e roubo. A forma de elaboração do conceito, portanto, é negativa, com base na diferenciação entre furto e roubo¹⁸, que por sua vez é dada pela posição da vítima. Roubo é roubo porque não é furto; e roubo não é furto porque a posição da vítima é distinta.

Dessa forma, o roubo é composto pelo furto simples (a mais simples das modalidades de crime patrimonial) e pela imposição da impossibilidade de autotutela da propriedade por parte da vítima, igualmente executada pelo autor do crime. E, partindo da distinção entre o furto simples e as demais formas de crimes patrimoniais, é possível apurar que a distinção entre furto simples, furto qualificado e roubo não só é viável, como fica muito mais fácil e fortalece tudo o que se expôs acerca da Lei nº 13.654/2018.

Nesse sentido, quem se vale de explosivos para quebrar obstáculos em roubos tem objetivos bem claros; e, ao contrário do uso de armas de fogo, os objetivos não se relacionam com expor pessoas a maior perigo de lesão, mas sim à facilitação da subtração da coisa. Quando alguém subtrai coisa móvel, opta por destruir os obstáculos e *diminui* a possibilidade de autodefesa da pessoa que *não pode* estar vigilante. Sob a perspectiva da vítima, isso é completamente diferente da narrativa do roubo, em que a supressão da autodefesa não se dá com a superação do obstáculo daquele que não

pode estar vigilante, mas sim com a *imposição de impossibilidade* de autodefesa direta a quem tem condições para exercê-la (vítima). Enquanto no furto qualificado ainda há a possibilidade de autotutela da propriedade caso o lesado consiga descobrir a ação daquele que subtrai bem móvel naquelas condições específicas narradas pelas qualificadoras, no roubo há a total usurpação dessa possibilidade em razão de uma conduta praticada pelo autor contra a vítima.

Evidente, portanto, que a pena do furto simples aumenta conforme diminuem as condições de autotutela da propriedade por parte da vítima, inicialmente consolidando as formas de furto qualificado e posteriormente chegando até o tipo penal do roubo quando a autodefesa é de fato suprimida por uma conduta direta do autor. Em todos os casos, a construção dos tipos se dá com a diferenciação com base no furto, que é a forma mais simples. Essa diferenciação é feita conforme são apuradas as distintas posições das vítimas em termos de autodefesa nos casos concretos de subtração de coisa móvel.

Essa forma de interpretar tais crimes patrimoniais diverge da corrente majoritária, mas seria a mais adequada porque fundada na leitura do *caput* do art. 157 do CP, o qual descreve que é roubo a subtração de coisa alheia móvel mediante violência, grave ameaça, ou *qualquer outro meio que impossibilite a resistência*. Enquanto a violência¹⁹ e a grave ameaça estão contidas no conceito de limitar a autodefesa, a condição de “impossibilita a resistência” não está contida na ideia de ofensividade à integridade física ou psicológica²⁰. Essa interpretação tem potencial

¹⁸ A mesma forma de elaboração do conceito de roubo baseado no furto é percebida historicamente, uma vez que o roubo já foi o furto qualificado. Sobre isso, ver Prado (2010, p. 318). Ao conceituar o roubo, Hungria (1942-1958, p. 51, grifo nosso) faz construção semelhante: “Embora com título próprio e pena autônoma, o roubo não é mais que o *furto qualificado* pelo emprego de violência, física ou moral, contra a pessoa, ou de qualquer outro meio para reduzi-la à incapacidade de resistência”. O que distingue a interpretação aqui apresentada dessa concepção de Hungria é justamente o fato de que partimos da perspectiva sobre a posição da vítima e sua condição de defesa nos crimes patrimoniais, ao passo que Hungria se baseia na construção do crime complexo, sem explicar que crime seria “qualquer outro meio para reduzi-la à incapacidade de resistência”.

¹⁹ Que necessariamente deve estar limitada à lesão corporal leve, uma vez que a lesão grave e a morte estarão tuteladas no § 3º do artigo, as formas qualificadas e, estas sim, pluriofensivas.

²⁰ Conforme aduz Hungria (1942-1958, p. 52-53, grifo do autor), defensor inicial da concepção ainda hoje predominante: “Pressupõe-se que o ‘outro meio’, a que se refere o art. 157, *caput*, é empregado ardiloso ou sub-repticiamente,

de rendimento importante para a compreensão político-criminalmente orientada do roubo e é também historicamente mais justificável, uma vez que o direito à propriedade privada veio necessariamente acompanhado do consequente direito de autotutela dessa propriedade²¹.

Partindo desse norte interpretativo, é possível compreender melhor as causas de aumento do roubo e analisar os impactos da reforma. O § 2º do art. 157 do CP, em sua redação anterior, apresentava cinco causas de aumento, todas relacionadas a condições que diminuía de forma mais acentuada que o normal a possibilidade de defesa da vítima: (i) o emprego de arma, em que o perigo concreto do dano impedia uma auto-defesa eficaz dado o risco de revide com disparo e a ocorrência de um dos resultados previsto pelo § 3º do mesmo artigo; (ii) o concurso de agentes, que igualmente impede a autodefesa eficaz porque a ação coordenada dos coautores exige uma resposta igualmente coordenada, tornando a reação mais difícil; (iii) a vítima estar em serviço de transporte de valores e o agente

ou, pelo menos, desacompanhado, em sua aplicação, de violência física ou moral, pois, do contrário, se confundiria com esta, sem necessidade de *equiparação legal*. Nota-se que o próprio autor reconhece que a figura do outro meio que impossibilita a resistência da vítima não atinge os bens jurídicos integridade física ou psicológica, ou seja, é crime contra o patrimônio somente. O equívoco da concepção majoritária (de Hungria até os dias atuais), portanto, está no reconhecimento da pluriofensividade. A melhor compreensão do roubo ocorre quando há a centralização da posição da vítima e se reconhece que ele somente tutela todos os direitos de propriedade, incluindo a autotutela, e absorve as outras condutas criminosas porque é o “crime-fim”.

²¹ Ver, por exemplo, as previsões jurídicas que permitem o uso de violência para responder à turbacão ou esbulho possessório, desde que o grau de violência seja razoável e a reação imediata, na forma do art. 1.210 do Código Civil (CC) (BRASIL, [2019]). Mais do que uma exceção ao monopólio estatal da violência, trata-se de verdadeira demonstração de que o direito à propriedade privada é necessariamente acompanhado pelo direito de sua autotutela em grau maior que o de outros direitos. Vale ressaltar que, quando se defende que a tutela se refere à propriedade privada e não ao patrimônio, não se quer subtrair a tutela da posse e da detenção, mas sim, pelo contrário, estender a tutela a todos os poderes inerentes à propriedade (na forma do Livro III do CC), incluindo todos os direitos de posse, detenção e autotutela.

conhecer tal circunstância, situação em que há concentração de valores em condição que não é a sua condição usual de proteção²², além de considerável surpresa na abordagem, em ambos os casos dificultando a defesa da vítima; (iv) a subtração ser de veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou para o exterior, que, apesar de ser a mais questionável das majorantes (inclusive inserida em momento posterior, em situação semelhante à mudança em comento), poderia ser compreendida como situação que dificulta que a vítima tente reaver o bem²³; e (v) o agente manter a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade, o que é evidente submissão da liberdade corpórea, essencial para o exercício da autotutela.

Essas condutas, reprovadas pelo preceito primário da norma²⁴, vinham punidas no preceito secundário como causas de aumento. O tratamento era correto porque, de fato, eram somente uma agravação maior da conduta inicialmente reprovada na cabeça do artigo. Distintamente do § 2º, o § 3º *refere-se aos verdadeiros casos em que há pluriofensividade*. A violência (gerando o resultado lesão corporal leve) do *caput* do art. 157 era absorvida pelo tipo porque elementar, compreendida como forma de diminuir a autodefesa da propriedade. Por outro lado, ela não é aceita se gera o resultado lesão corporal grave ou morte. Nesses casos, compreende-se que efetivamente foi extrapolado o meio de impossibilitar a autodefesa da propriedade e

²² O exemplo mais importante desse inciso é o caso do transporte por carro-forte de quantia que costuma ficar em cofre de banco, caso em que, ainda que o carro forte seja bem protegido, é sempre menos protegido que o cofre. Assim, é mais “fácil” (ocorrência e sucesso) o roubo a carros-fortes que a bancos.

²³ O que desnaturalizaria o § 5º do art. 155 do CP; lembrando que, da leitura orgânica do art. 157, por força do § 1º (roubo impróprio), a imposição das condições de limitação da autodefesa no roubo pode ser anterior ou posterior à subtração.

²⁴ Sobre a relação entre preceito primário e secundário da norma, além das funções dos institutos, ver Amelung (2012).

lesionou-se outro interesse inerente à vida da vítima, seja sua integridade física ou sua vida. Por isso, o § 2º prevê somente majorantes e apenas o § 3º prevê qualificadoras.

Esse entendimento é corroborado (ainda que não dito expressamente) pela compreensão jurisprudencial em matérias de concurso de causas de aumento do § 2º do art. 157 e de consumação das formas qualificadas.

Quanto ao concurso de causas de aumento do § 2º do art. 157, a diversidade de causas previstas pelos incisos cria casos em que mais de uma delas é aplicável a um caso concreto. Nesse cenário, como o § 2º guarda margem de aumento de pena entre 1/3 e 1/2, abre margem à discussão sobre se a presença de mais de uma causa de aumento seria suficiente para aumentar a pena acima da fração mínima legal (1/3). A resolução da questão na jurisprudência segue o teor da Súmula 443 do STJ (BRASIL, 2010b, p. 590), cujo enunciado é “o aumento na terceira fase de aplicação de pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”. Prosperou, portanto, o entendimento de que a existência de mais de uma causa de aumento não implica necessariamente o aumento de pena acima do mínimo legal, sendo exigido que as causas de aumento manifestem gravidade maior no caso concreto. A maior gravidade, por sua vez, seria a maior capacidade de limitar as possibilidades de defesa da vítima²⁵.

Por outro lado, no que diz respeito à consumação das formas qualificadas, o entendimento jurisprudencial é o de que, para consumir o latrocínio, basta o resultado morte, de acordo com a Súmula 610 do STF (BRASIL, 1984). Esse entendimento é usualmente estendido ao caso de roubo qualificado pela lesão grave em razão de o art. 157, § 3º, do CP, tomar o crime qualificado pelo resultado da violência e não do crime. De

²⁵ Como exemplo dessa aplicação na redação antiga da lei, no caso em que M ocupava a função de “motorista” do veículo de chegada e fuga e A executava toda a ação típica de abordagem da vítima com o emprego de arma de fogo, havia o concurso de agentes (inciso II) e o emprego de arma (inciso I), antes do advento da Lei nº 13.654/2018. Nesse caso, não se aplicaria o aumento de pena acima de 1/3 porque a condição do emprego de arma de fogo bastava para garantir a impossibilidade de defesa. Aquilo que o transporte por outro sujeito garantia em termos de fuga era pouco relevante para dificultar de forma mais intensa a autodefesa da vítima porque o emprego de arma já era suficiente. Por outro lado, se M ameaçava a vítima com a arma de fogo enquanto A, também armado, revistava a vítima e subtraía seus bens, em meio a “arrastão” com vários sujeitos com armas de calibre mais poderoso, tratava-se de caso em que a autotutela ficava sensivelmente mais prejudicada, razão pela qual haveria justificativa para o aumento acima do mínimo de 1/3 (por exemplo, 3/8 ou 2/5, frações que mais apareciam em casos semelhantes). Agora, com a revogação do inc. I, será mais difícil encontrar casos de concursos de majorantes dentro do § 2º. Por outro lado, com a inclusão do § 2º-A, se há o emprego de arma ou explosivo, ele absorve quaisquer causas de aumento do § 2º por força do art. 68, parágrafo único, do CP, razão pela qual Souza e Japiassú (2018, p. 675) chamam a nova causa de aumento de “supermajorante”. No exemplo acima exposto, portanto, o resultado prático da reforma promovida pela Lei nº 13.654/2018 é que só se aplica a fração prevista no art. 157, § 2º-A, inc. I, independentemente da quantidade de agentes e armas.

forma diversa, para haver consumação das formas majoradas do roubo, a subtração é obrigatória. Observando a compreensão de lesividade em ambos os casos, apura-se que, no caso das formas qualificadas, há verdadeiro diagnóstico de outro bem jurídico afetado, uma vez que o resultado da violência configura a afetação ao bem jurídico e consuma o crime (lesividade); por outro lado, nas formas majoradas, a tutela restringe-se à propriedade (e todos os direitos a ela inerentes), já que somente a subtração da coisa móvel consuma o crime.

Assim, ao tipo penal do roubo à pessoa natural, deve o fato responder: a) houve subtração de coisa alheia móvel? (elemento central da conduta para configuração de crime patrimonial); b) houve retirada de meios de auto-defesa da vítima? (elemento de especificação da conduta do delito de roubo com relação aos demais tipos dos crimes patrimoniais); c) qual o modo de execução? (elemento acessório de especificação da conduta, particularizando as diferentes formas de prática do delito de roubo); d) qual foi o objeto subtraído? (segundo elemento acessório de especificação da conduta); e) houve resultado lesivo à vítima? (elemento acessório da conduta, intensificador da lesividade); f) quais as condições fáticas da vítima? (condições acessórias ao contexto, que aumentam a desvantagem da vítima – por exemplo, deficiências físicas incapacitantes, vulnerabilidade pela idade, momento de maior vulnerabilidade).

Por sua vez, quanto ao crime de furto, ao tipo penal de furto à pessoa natural, deve o fato responder: a) houve subtração de coisa alheia móvel? (novamente, elemento central da conduta); b) qual o modo de execução? (elemento acessório de especificação da conduta, particularizando as diferentes formas de prática do delito de furto); c) qual foi o objeto furtado? (segundo elemento acessório de especificação

da conduta)²⁶; d) quais as condições fáticas da vítima? (condições acessórias que impedem a ciência do fato).

Com esse rol, tenta-se demonstrar a ordem de análise dos elementos factuais e, sobretudo, as razões já apresentadas. Desse modo, são evidentemente diferenciados os crimes de furto e roubo, além de exposta a racionalidade por trás dos tipos e a valoração concreta que se deverá impor na medida da pena.

3.2 A política criminal como subsidiária das demais medidas protetivas à pessoa jurídica

Pensar uma política criminal fundada na vítima reforça a concepção de que o Direito Penal deve proteger os interesses mais sensíveis a pessoas. Vida, integridade física, patrimônio, meio ambiente, relações de consumo, aquilo que direta ou indiretamente se mostra essencial para o bom desenvolvimento das relações sociais entre cidadãos²⁷. Nesse sentido, pensar a pessoa jurídica como vítima necessariamente implica a proteção do sistema de pessoas a ela vinculados; portanto, uma lesão indireta aos interesses de cidadãos. Ainda que muitas sejam as considerações quanto aos efeitos dos crimes de corrupção cometidos contra empresas e da sensível dependência de muitas pessoas ao acesso de bens e serviços ofertados por pessoas jurídicas, em termos concretos reconhece-se que a mesma conduta que afeta uma grande empresa poderá afetar uma pessoa física, para quem o Direito Penal foi primeiramente pensado. Há, portanto, legitimidade na tutela da pessoa jurídica como

²⁶ Não se avançará aqui no questionamento de se a subtração de coisa comum seria um tipo autônomo ou mais bem compreendida como forma atenuada em razão do objeto, tal qual o furto de pequena monta (art. 155, § 2º), pois fugiria ao recorte proposto; mas, de fato, trata-se de importante reflexão em termos de sistemática do capítulo dos crimes patrimoniais.

²⁷ Sobre o tema, ver Roxin (2009, p. 18-19).

vítima. Por outro lado, a política criminal a isso deve valorar diversamente, pensando necessidades distintas de reparação e pacificação social.

Exemplificando: os bens pertencentes ao Estado não podem receber a mesma proteção que os bens particulares. Talvez veículos oficiais sejam alvos mais visados para crimes de dano, mas é inegável que o dano ao Estado será sempre inferior que ao particular, indivíduo, considerando o total de seu patrimônio; igualmente, a depredação de prédios públicos, desconsideradas manifestações políticas (que levantariam outras reflexões), não é incomum, mas tais prédios naturalmente são dotados de segurança própria, não sendo apenas vigiados por policiais militares. Não se considera aqui que a violação a prédios públicos não tenha relevância penal, muito menos que o Direito Penal deve levar em consideração a atuação correta ou equivocada dos órgãos de controle. Nem mesmo se pretende argumentar que o privado deva sobrepor-se ao público, essa afirmação está completamente desligada do que se apresenta agora. Contudo, se ao Direito Penal cabe proteger os objetos de tutela mais sensíveis ao indivíduo, inegavelmente a violação ao patrimônio de uma pessoa natural deve ser valorada com maior peso que em relação ao patrimônio que indiretamente interessa a pessoa natural, como bem público²⁸.

Com base nesse raciocínio, a intervenção penal na proteção dos interesses de pessoas jurídicas privadas deve continuar subsidiária. Não se diz apenas que a valoração deva ser inferior

àquela proposta para a proteção dos interesses da pessoa natural. A própria legislação penal deverá ser acionada com menor frequência. No caso da Lei nº 13.654/2018, a reforma observou a necessidade de modificações na Lei nº 7.102/1983, que dispõe sobre segurança em estabelecimento financeiro.

No presente debate, no entanto, cabe pontuar o quanto tais medidas podem ser estabelecidas. Trata-se de caminho inverso ao da sempre discutida “subsidiariedade do Direito Penal”, que criminaliza novas condutas, atribuindo relevância sempre a novas áreas. Despenalizar a tutela patrimonial não pela extinção de tipos penais, mas pelo desenvolvimento de outras medidas que possam substituir aquilo que se pretende melhor prevenir. No caso em tela, as instituições financeiras atuam em setor bastante sensível, sendo as agências bancárias ponto de risco. O desenvolvimento de protocolos de segurança não isenta de responsabilidade aquele que causa danos patrimoniais ao tentar violar os obstáculos postos, mas atua como desincentivo muito maior àquele que objetiva realizar um roubo, se comparado à política de recrudescimento das penas. O recrudescimento de penas parece uma política adequada em cenários em que a valoração social mudou (por exemplo, crimes contra liberdade sexual, crimes de racismo), o que não se passa com o roubo a bancos. Se estes se tornaram mais frequentes, pode-se falar em desenvolvimento das técnicas de violação (por exemplo, popularização de tecnologias e acesso facilitado à explosivos), mas o mesmo desenvolvimento também alcançou as técnicas de segurança, tornando duvidosa a política de recrudescimento das penas.

Neste ponto, inclusive, caso o desejo fosse estender a proteção penal dos crimes patrimoniais às pessoas jurídicas, a alteração legislativa deveria ter sido distinta. Ao contrário do arranjo da Lei nº 13.654/2018, que tutelou de forma

²⁸No caso de instalações hospitalares, que podem ser sabotadas, ou mesmo de instalações humanitárias, protegidas pelo Estatuto de Roma (BRASIL, 2002), por exemplo, o que se percebe não é uma proteção patrimonial, mas a proteção de indivíduos. Não seria o caso, portanto, de comparar tutelas patrimoniais “privadas e públicas”, mas de comparar crimes contra a vida (exposição a perigo), terrorismo e sabotagem a crimes patrimoniais, o que novamente foge ao escopo do presente estudo. No caso de delitos efetivamente patrimoniais, a própria composição entre as partes mostra-se facilitada e mais adequada para a pessoa jurídica.

direcionada as instituições financeiras e seus caixas eletrônicos (apesar do reforço de técnicas de segurança), uma legislação que efetivamente considere pessoas jurídicas na posição de vítimas deveria reconhecer que, quando a vítima é uma pessoa jurídica (não só bancos), ainda que ela possa empregar pessoas para exercerem a autodefesa em seu favor (como normalmente faz, com fiscais de patrimônio, seguranças etc.), sua forma de defesa principal não é essa, mas sim a sua estrutura física (seu “corpo”, como no caso das pessoas), ou seja, os obstáculos. Por essa razão, melhor seria se o poder público promovesse a qualificação dos setores mais afetados para o aprimoramento das técnicas de segurança (como se tentou fazer de forma incipiente na Lei nº 13.654/2018 com os caixas eletrônicos) e, em termos penais, somente providenciasse uma causa de aumento superior para a destruição de obstáculos quando a vítima é qualquer pessoa jurídica, deixando a tutela do emprego de explosivos somente a cargo do art. 251 do CP. Com a alteração legal na forma promovida pela Lei nº 13.654/2018, o legislador perdeu boa oportunidade de reposicionar as pessoas jurídicas como vítimas e rever o papel do Estado em matéria de política criminal contra crimes patrimoniais.

Em suma, compreende-se que a reforma privilegiou a proteção patrimonial de pessoas jurídicas, o que gera problemas: a) pela desatenção quanto à real periculosidade das armas utilizadas (por exemplo, o risco criado pelo roubo com arma branca e o uso de explosivos em agência bancária vazia); b) pela inversão das prioridades do Direito Penal, chamado a proteger os bens jurídicos mais sensíveis a pessoas; c) pela violação à proporcionalidade do Direito Penal; d) pela propagação da política equivocada de que o recrudescimento penal é o melhor instrumento (e talvez não o seja em porção alguma) preventivo.

4 Desdobramentos da crítica: sugestões de *lege ferenda* e *lege lata*

Saliente-se que esse tipo de alteração legislativa sem sentido em matéria criminal não é novidade. Há muito já se critica o que se convencionou chamar de “populismo penal”. A alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.654/2018 é somente a manifestação do pior do fenômeno²⁹. De

²⁹ O mais preocupante é que este não é o primeiro caso recente de alterações inexplicáveis relacionadas a armas de fogo. Essa má técnica apareceu também em mudança recente, na Lei nº 13.497/2017 (BRASIL, 2017c), que acrescentou ao parágrafo único do art. 1º da Lei de Crimes Hediondos o crime do art. 16 da Lei nº 10.826/2003. A mudança, acompanhada pelo discurso de “combater” o uso de grandes quantidades de fuzis pelo “crime organizado”, foi praticamente inútil, pois o que os membros do Legislativo chamam de “crime organizado” no discurso populista, nada mais é do que a associação ou organização para o cometimento

tudo modo, considerando que a Lei nº 13.654/2018 está vigente desde 24/4/2018, é necessário discutir como é possível reinterpretá-la para mitigar seus problemas. Por essas razões, passa-se a discutir sugestões de *lege ferenda* e *lege lata* para a lei em questão.

Em síntese, caso o legislador estivesse de fato preocupado com a posição da vítima no Direito Penal, em especial nos crimes contra o patrimônio em que se usam armas e explosivos, poderia ter previsto (sugestões de *lege ferenda*): (1) para o crime de roubo (art. 157), ao invés de revogar o inc. I do § 2º, mantê-lo e adicionar a previsão do emprego de artefato com capacidade de deflagração (“arma de fogo ou artefato com capacidade de deflagração”), abarcando os explosivos e casos de granadas de efeito moral e armas de projéteis de borracha, que também causam danos, apesar de não causarem as explosões de perigo comum, os incêndios ou as lesões por projéteis de arma de fogo; (2) ainda quanto ao mesmo crime (art. 157), prever no § 2º-A somente que, para os casos em que a arma a que se refere o inc. I seja arma de fogo e que o artefato com capacidade de deflagração seja explosivo, a quantidade de aumento não mais se daria no patamar de 1/3 a 1/2, mas sim de 1/2 a 2/3, deixando margem para avaliação do juízo, inclusive quando incidirem outras causas de aumento do § 2º, uma vez que continuariam previstas no mesmo dispositivo, somente se aplicando o novo lapso temporal; (3) no crime de furto, em caso de as vítimas serem pessoas jurídicas (qualquer uma e não só os bancos), em razão de sua particular condição quanto

de crimes na esfera da criminalidade de ruas. Em síntese, os membros do Legislativo têm-se referido ao tráfico de drogas e às milícias, que “territorializam” as grandes (e atualmente até algumas menores) cidades do País e valem-se do emprego de armamento pesado para defender seus territórios (de forma muito mais ostensiva e intensa na cidade do Rio de Janeiro). Todavia, tanto para a prática do crime de organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013) (BRASIL, [2016a]) quanto para a de tráfico, ou associação para o tráfico de drogas (arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006) (BRASIL, [2010a]), existem causas de aumento específicas em caso de emprego de armas de fogo (arts. 2º, § 2º da Lei nº 12.850/2013 e 40, IV da Lei nº 11.343/2006). Isso significa que, por respeito ao princípio da especialidade, salvo raríssimas situações, a imputação pelo crime do art. 16 da Lei nº 10.826/2003 não ocorrerá em casos de crime organizado. Se a intenção era piorar a condição de quem usa fuzil no “crime organizado”, a lei em questão provou-se realmente inútil. Essa nova movimentação do Legislativo para intolerância às armas de fogo aliada ao populismo penal é um movimento do momento político atual que requer cautela. Em especial, dois fatores sinalizados pelo movimento chamam atenção: a tentativa de “atacar o crime organizado” por meio da tutela de outros objetos de tutela jurídico-penal, como nesse caso da propriedade, o que desvia o Direito Penal de sua orientação teleológica e bem delimitada; e a intolerância ao emprego de arma de fogo fora das hipóteses legalmente permitidas, o que, ao contrário do que pode aparentar de início, não é a atividade de restrição sobre armas de fogo, mas o enrijecimento do tratamento no caso das hipóteses proibidas. Dessa forma, tendo em conta o incentivo do Legislativo para manter a pauta armamentista em discussão, isso pode significar também que o atual movimento de constringer liberdades poderá vir acompanhado de uma garantia contra o poder de punir quando houver um caso de repercussão social que evidencie o exagero, especificamente ampliando as condições de possibilidade de portar arma de fogo dentro da lei. Ou seja, um questionamento importante a se fazer é: estaria o enrijecimento indicando um possível preparo e ganho em fundamentação para a posterior abertura permissiva de posse e porte de armas? Esse questionamento, apresentado na forma de reflexão, somente poderá ser respondido nos próximos anos.

à autotutela da propriedade, nos casos de rompimento de obstáculos se aplicaria a pena do art. 155, § 4º-A, uma vez que no caso da pessoa jurídica a circunstância realmente se assemelha ao roubo simples em termos de limitar a autodefesa; e (4) em ambos os tipos penais seriam excluídas as previsões de subtração de explosivos (art. 155, § 7º e art. 157, § 2º, inc. VI) porque injustificáveis (pode haver subtração de arma, de tecnologia essencial ao funcionamento do País e nada disso é valorado de forma negativa por si, o que demonstra a aleatoriedade e desproporcionalidade das previsões), uma vez que a posse de explosivo já é por si punida pelo art. 16 da Lei nº 10.826/2003 e, por isso, é desnecessário mais um reforço punitivo.

Essas modificações, enfim, poderiam afastar as críticas de que a tutela foi feita com péssima técnica legislativa e direcionada para os bancos na condição de vítimas e para os relacionados com o crime organizado na condição de autores.

Por sua vez, quanto a alternativas para interpretar a lei em sua atual condição, sugere-se (sugestões de *lege lata*): (1) reinterpretar o crime de roubo à luz do conceito de subtração de coisa alheia móvel com imposição, pelo autor do crime, de condição de impossibilidade do direito de autodefesa da propriedade por parte da vítima, evitando a interpretação de crime pluriofensivo e redimensionando sua orientação político-criminal; (2) reconhecer a *novatio legis in melius* para os casos do art. 157, § 2º-A, do CP, aplicando-se o princípio da especialidade e absorvendo o crime do art. 251 do CP; (3) exigir a comprovação de que a arma de fogo podia produzir disparos no caso de aplicação do art. 157, § 2º-A do CP, por meio de prova pericial ou testemunhal, por se tratar de circunstância de perigo abstrato-concreto, derivada do perigo abstrato das armas de fogo empregado em caso concreto de perigo de dano; (4) a utilização do art. 68, parágrafo único, do CP, para os casos de concurso de majorantes (art. 157, §§ 2º e 2º-A); (5) a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) por qualquer dos legitimados para questionar a revogação do inc. I do art. 157, § 2º do CP, visando promover maior segurança jurídica nos casos de roubo com arma, tanto para os processos quanto para a execução penal; (6) enquanto não houver a análise de constitucionalidade da matéria em controle concentrado, que seja realizado o controle difuso ou respeitado o princípio da legalidade, sendo aplicada nesse caso a exasperação da pena-base para os casos de uso de armas brancas ou impróprias e reconhecida a *novatio legis in melius* para os apenados; (7) em ambos os casos do tópico anterior, que os juízes modulem as consequências de suas decisões em matéria de aplicação de pena, visando restabelecer a proporcionalidade nas penas e a aplicação sistemática do artigo de roubo, prestigiando as fórmulas e

resultados de aplicação consagrados antes da reforma; (8) que os Tribunais de Justiça de cada unidade federativa aconselhem seus juizes a aplicarem solução única dentro de sua jurisdição, de forma a evitar mais problemas de segurança jurídica, ao menos enquanto a inconstitucionalidade não for julgada pelo STF; e (9) o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma secundária do § 2º-A, podendo ser aplicada a do § 2º ou interpretado que o aumento vai “até 2/3”, como aplicado em vários outros dispositivos; nesse caso, pode a inconstitucionalidade ser reconhecida tanto em controle difuso quanto concentrado.

Quanto à última sugestão referida, levanta-se aqui também a possibilidade de discussão de outra inconstitucionalidade além da revogação do inc. I do art. 157, § 2º: a invasão de atribuição própria do Judiciário pelo Legislativo ao colocar o aumento taxativo de 2/3 no art. 157, § 2º-A.

Essa técnica legislativa de aumento taxativo é aplicada em raríssimos casos, inclusive porque questionável à luz da separação de Poderes, pois, num Estado democrático e republicano, prefere-se a aplicação de pena feita em concreto, visando ao respeito aos princípios da igualdade e da individualização das penas. Mais que isso, a atribuição para aplicar pena só pode ser daquele que tem contato com o caso concreto, o juiz natural. Dessa forma, ao colocar previsões como a aqui discutida, o Legislativo pode invadir, a depender do caso, atribuição própria do Judiciário, impedindo a concretização de dispositivos e princípios da própria Constituição que o legítima e limita.

Nesse sentido, a crítica centra-se principalmente no fato de que, ao contrário de outros casos observados no CP que utilizam da mesma técnica de aumento tarifado, a condição de emprego de arma de fogo admite variantes. Tomando o exemplo mais próximo e de maior interesse para comprovar o acerto do argumento, o § 1º do art. 155 do CP prevê aumento tarifado de pena em 1/3 se o furto ocorreu durante o repouso noturno. Essa causa de aumento está prevista na redação original do Código, de 1940. A aplicação do aumento tarifado é justificável nesse caso porque a condição é extremamente objetiva: ou é repouso noturno, ou não é. É a objetividade da causa de aumento (a proibição de furto durante repouso noturno, ou seja, o preceito primário da norma não permite variações) que justifica o aumento tarifado (preceito secundário da norma termina por, igualmente, não admitir variações). Há coerência interna desde a teoria das normas.

O caso do emprego de arma de fogo ou explosivo, por sua vez, é bem diferente: uma vez que o aumento de pena é tarifado, nota-se o grave problema de o juiz estar impedido de valorar as armas utilizadas nos crimes (tanto quantidade quanto calibre). Essas condições sempre foram relevantes no momento de valoração para a aplicação do antigo art. 157,

§ 2º, I, do CP. E isso se justifica: se a preocupação é o potencial de lesão à vítima pessoa física (perigo de atingir os resultados previstos no art. 157, § 3º, do CP), calibre e quantidade de armas e explosivos sempre farão diferença. Desse modo, com base na interpretação político-criminalmente orientada aqui empregada, observa-se: o preceito primário prevê proibição de uso de arma, sendo que isso abarca uma gama de situações bastante diversas entre si; contudo, o preceito secundário prevê aumento de pena tarifado, taxativo. A incongruência entre normas primária e secundária comprova a hipótese inicialmente levantada: há desrespeito aos princípios da igualdade e da individualização das penas, além de invasão de Poderes. Ao impor norma secundária taxativa para circunstâncias não taxativas (diversas), o legislador invadiu a atribuição do julgador de valorar o caso concreto.

A possível objeção de que o juiz ainda poderia valorar a pena em razão do art. 59 do CP também não serve para desconstituir o argumento. A análise das circunstâncias desfavoráveis do crime para aplicação de pena na primeira fase só poderá referir-se à subtração ou à impossibilidade de defesa (elementos constitutivos do roubo). O meio utilizado para a ameaça (arma de fogo) já é valorado separadamente na terceira fase de aplicação de pena; então, apreciar também durante a aplicação da pena-base seria incorrer em inadmissível *bis in idem*. A valoração na primeira fase somente poderá ocorrer quanto à forma como essas armas foram utilizadas na ameaça (se o terror psicológico da ameaça imposto pelo autor à vítima foi maior no caso concreto). Em suma, quando o legislador engessa a causa de aumento (preceito secundário fixo), impede que o juiz valore se a arma utilizada é um revólver calibre 32, um fuzil ou um lançador de granadas, pois impõe que a única coisa que importa é o emprego de arma de fogo – quer tornar fixo um preceito primário que ontologicamente não é, ou seja, é mais um reflexo da virtualização promovida pela reforma penal “do medo”.

Ao contrário da nova causa de aumento que tudo equipara, o próprio Estatuto do Desarmamento diferencia as armas como de uso permitido, restrito e proibido (ou seja, o legislador quer tornar fixo um preceito primário que também normativamente não é). Há, portanto, infração material à Constituição. A alegada inconstitucionalidade refere-se apenas à esfera da norma secundária (ou preceito secundário), ou seja, critica-se a previsão relativa à limitação de direitos fundamentais (consequências na esfera da pena) com justificativa preventiva inidônea. De todo modo, continua válido o conteúdo da norma primária (preceito primário), que proíbe e valora negativamente a utilização de arma de fogo no cometimento de roubos. Por fim, apresentam-se aqui duas possíveis soluções para o problema: retornar o aumento ao patamar do restante do § 2º ou

aplicar o aumento de forma não tarifada; isto é, aumentar em “até 2/3”, em vez de aumentar em 2/3. Em ambos os casos não se exclui o desvalor do uso de arma de fogo e de explosivos no roubo.

Com a vigência da Lei nº 13.654/2018, as difíceis questões levantadas continuarão em aberto e aguardando resposta dos tribunais. De toda forma, apesar do difícil panorama aqui desenhado, espera-se que o apontado seja útil para que os julgadores estejam bem informados das consequências de suas decisões com a vigência da nova lei e possam orientar-se com base nas sugestões, mesmo que nem sempre conforme elas.

Por essas razões, a última sugestão, de *lege lata*, é a utilização da técnica de análise das consequências da decisão pelos juízes, de modo a buscar manter as aplicações de pena em casos de roubos em patamares minimamente razoáveis. A utilização dessa técnica com o propósito de evitar a aplicação desproporcional de pena para os autores de crimes patrimoniais poderia ser útil para o fim de não agravar o já problemático cenário do sistema carcerário brasileiro e prestigiaria a constatação da necessidade de que os juízos normativos das construções dogmáticas devem ser submetidos a contraprovas empíricas³⁰.

5 Considerações finais

Demonstradas todas essas preocupações com a reforma, conclui-se que uma reforma substancial do título dos crimes patrimoniais é realmente necessária, adotando concepções novas e modernas que levem em conta: a) a vítima em concreto; b) que o aperfeiçoamento das técnicas de execução não necessariamente aumenta a lesividade da conduta; c) a composição entre as partes e os instrumentos disponibilizados pela Justiça Restaurativa como elementos muito mais efetivos de pacificação social que o recrudescimento de pena – principalmente considerando os crimes contra pessoas jurídicas. Há, dessa forma, um vasto campo para a academia produzir frutos socialmente valiosos.

Com relação à reforma em si, resta agora repensar seus instrumentos, dentro da própria discricionariedade dos juízes, para que a intervenção não seja menos efetiva que no quadro anterior, sobretudo considerando as incongruências do microcosmo do CP. Porém, há mudanças de *lege ferenda* que precisam ser postas em discussão de forma urgente para reduzir os danos, enquanto ainda se amadurecem referenciais mais profundos para o título todo.

³⁰ Conforme Tavares (2018, p. 44): “é necessário que os puros juízos normativos também sejam submetidos a uma contraprova empírica”.

Sobre os autores

Matheus de Alencar e Miranda é mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutorando em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; assessor jurídico direto de promotoria do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

E-mail: matheus.alencarm@gmail.com

Leonardo Simões Agapito é mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, SP, Brasil; advogado, Jaú, SP, Brasil.

E-mail: leoagapito@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

MIRANDA, Matheus de Alencar e; AGAPITO, Leonardo Simões. A Lei nº 13.654/2018 e os crimes de furto e roubo: críticas e proposições interpretativas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 155-180, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p155

(APA)

Miranda, M. de A. e, & Agapito, L. S. (2019). A Lei nº 13.654/2018 e os crimes de furto e roubo: críticas e proposições interpretativas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 155-180. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p155

Referências

AMELUNG, Knut. Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin. In: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2012. p. 99-120.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. Prefácio: Antonio Luís Chaves Camargo; apresentação: Márcio Thomaz Bastos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 18 mar. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 18 mar. 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. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. *Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983*. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996*. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal – Parte Especial. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9426.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2010a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 20 mar. 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 (Código Penal) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.330, de 2 de agosto de 2016*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar, de forma mais gravosa, os crimes de furto e de recepção de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes. Brasília, DF: Presidência da República, 2016b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13330.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.497, de 26 de outubro de 2017*. Altera a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF: Presidência da República, 2017c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13497.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.654, de 23 de março de 2018*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13654.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2015*. Altera o Código Penal para prever aumento de pena para o crime de roubo praticado com o emprego de arma de fogo ou de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3599802&ts=1548950283422&disposition=inline>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial nº 1.519.860/RJ*. Recurso especial. Roubo majorado. Princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Ofensa. Não ocorrência. Descrição. Roubo consumado. Posse mansa e pacífica. Desnecessidade. Recurso provido [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Renan Siqueira da Silva. Relator: Min. Jorge Mussi, 17 de maio de 2018d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1713177&num_registro=201500555040&data=20180525&formato=PDF. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial nº 1.627.028/SP*. Recurso Especial. Penal. Estatuto do desarmamento. Delito tipificado no artigo 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/2003. Porte de artefato explosivo. Granada de gás lacrimogêneo/pimenta [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Pamela Karoline Rocha de Lima. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 21 de fevereiro de 2017d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1574881&num_registro=201602468329&data=20170303&formato=PDF. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Súmula 443*. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. [Brasília, DF]: Superior Tribunal de Justiça, 2010b. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Súmula 567*. Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto. [Brasília, DF]: Superior Tribunal de Justiça, 2016c. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 19 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Súmula 610*. Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima. [Brasília, DF]: Supremo Tribunal Federal, 1984. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=610.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 19 mar. 2019.

COSTA, Catarina. Polícia prende quarto suspeito de assalto a banco e apreende explosivos. *GI*, [Rio de Janeiro], 30 abr. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/policia-prende-mais-um-suspeito-de-assalto-a-bancos-e-varios-explosivos-na-divisa-do-pi-e-ce.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2019.

CRIMINOSOS amarram explosivos em gerente de banco e fazem vítima refém no PA. *GI*, [Rio de Janeiro], 11 jul. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/criminosos-obrigam-gerente-de-banco-a-usar-colete-com-explosivos-e-fazem-vitima-refem-no-pa.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Coleção Ciências Criminais, v. 3).

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Prefácio por Juarez Tavares. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010. v. 3.

GRUPO armado usa explosivos e troca tiros em roubo a banco de Piracicaba. *Exame*, [São Paulo], 10 maio 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/grupo-armado-usa-explosivos-e-troca-tiros-em-roubo-a-banco-de-piracicaba/>. Acesso em: 18 mar. 2019.

HOBSBAWM, Eric. *Bandidos*. Trad. Donaldson M. Garschagen. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

HUNGRIA, Nélson (colab.). *Comentários ao Código Penal: Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Rio de Janeiro: Forense, 1942-1958. v. 3.

INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília, DF: STJ, n. 626, 15 jun. 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0626.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

MENDES, Leticia. RS tem seis ataques a bancos em 30 horas. *GaúchaZH*, [Porto Alegre], 6 jul. 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/07/rs-tem-seis-ataques-a-bancos-em-30-horas-cjjanzi340o7p01qocj5bjcgb.html>. Acesso em: 18 mar. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAWLIK, Michael. *Teoria da ciência, do direito penal, filosofia e terrorismo*. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012. (Diké, v. 2).

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. *Súmula da jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. [Rio de Janeiro]: Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?=10>. Acesso em: 19 mar. 2019.

RODAS, Sérgio. TJ-SP declara inconstitucional lei que diminuiu pena em roubos com arma branca. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 16 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-16/tj-sp-julga-lei-diminuiu-pena-roubos-arma-branca>. Acesso em: 19 mar. 2019.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução: André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria-Geral de Justiça. *Aviso de 03/05/2018, nº 162/2018 – PGJ*. [São Paulo]: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2018/DO_09-05-2018.html. Acesso em: 20 mar. 2019.

SEIS agências bancárias são alvos de explosão e roubo em três cidades de MG. *G1*, [Rio de Janeiro], 6 abr. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/seis-agencias-bancarias-sao-alvos-de-explosao-e-roubo-em-tres-cidades-de-mg.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. rev. y ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STJ aplica a Lei 13.654/2018 e retira a majorante do roubo praticado com emprego de arma branca. *Dizer o Direito*, [s. l.], 31 maio 2018. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2018/05/stj-aplica-lei-136542018-e-retira.html>. Acesso em: 19 mar. 2019.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

VEIGA, Alessa Pagan; FABRIS NETO, Leandro. Da constitucionalidade formal da Lei n. 13.654/2018. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 8 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-08/constitucionalidade-formal-lei-136542018>. Acesso em: 19 mar. 2019.

Gastos fiscais

Regalia sob forma de despesa pública indireta?

BRUNA ESTIMA BORBA

ANDRÉ FELIPE CANUTO COELHO

Resumo: Este texto pretende analisar a concessão de benefícios fiscais sob a forma de leis de transação tributária envolvendo moratórias, parcelamentos, remissões e anistias. Nesse sentido, busca averiguar se tais medidas consistem em reduções de receitas tributárias ou em despesas fiscais. Direcionam-se tais leis ao atendimento das necessidades da sociedade ou, ao contrário, traduzem-se em regalias para alguns setores da coletividade, ferindo os princípios da isonomia e da capacidade contributiva? Utilizando o método dedutivo mediante o exame das normas jurídicas, da doutrina e de dados da realidade, demonstra-se que os gastos fiscais devem ser mais criteriosamente utilizados, seja pela falta de transparência orçamentária da despesa indireta, seja pela possibilidade de converterem-se em regalias tributárias em detrimento de outros membros e setores da coletividade já onerados de forma regressiva.

Palavras-chave: Tributação. Carga tributária. Gastos fiscais. Regressividade.

Tax expenditure: privilege as an indirect public expenditure?

Abstract: This text intends to analyze the granting of tax benefits in the form of tax transaction laws involving moratoria, installments, remissions and amnesties. In this sense, it seeks to ascertain whether such measures consist of reductions in tax revenues or in fiscal expenditures. Are these laws directed to meet the needs of society or, instead, they translated themselves into benefits for some sectors of society, violating the principles of isonomy and contributory capacity? Using the deductive method in examining legal norms, doctrine, and factual data, it is revealed that such fiscal expenditures should be more judiciously used, either because of the lack of budgetary transparency, either by the possibility of becoming

Recebido em 22/11/18

Aprovado em 11/2/19

tax concessions despite of other members and sectors of the community already burdened regressively.

Keywords: Taxation. Tax burden. Tax expenditures. Regressivity.

1 Introdução: o problema da tributação é o consentimento forçado?

A questão tributária é antiquíssima. Diz-se, inclusive, que antecede o Estado (DANIEL, 2013, p. 39-69). O fato é que exigir tributos não tem sido tarefa fácil, ainda que essa exação tenha se vestido de diversos trajes ao longo de milênios. Do tributo punição e oferenda ao tributo participação e consentimento, do Estado censitário ao Estado pluriclasse, o que se viu – e ainda se vê – é o agastamento do cidadão em dar ao Estado parte do que considera legitimamente seu (FERNANDES, 2005, p. 3-47).

O adormecimento de Adão para que dele Deus pudesse retirar uma costela e fazer Eva foi a alegoria utilizada pelo padre Antônio Vieira para recomendar à Corte de Portugal a tributação indireta. A verdade é que os tributos que pagamos sem saber que o fazemos doem menos (NABAIS, 2003, p. 747).

Obras como *For good and evil: the impact of taxes on the course of civilization*¹ (ADAMS, c1999), *A world history of tax rebellions*² (BURG, 2004), e *Moral Tributaria del Estado y de los contribuyentes*³ (TIPKE, 2002) tratam de recontar as inúmeras rebeliões contra tributos, sendo as mais conhecidas a Revolução Francesa e a revolta das Treze Colônias da América do Norte. Assim, financistas, economistas e juristas têm-se ocupado, sem sucesso, na busca por uma tributação ideal (THÉORIE..., [2013]).

O mais primitivo critério de distribuição dos encargos da tributação foi a repartição, pela qual se fixava o total a ser arrecadado, cabendo aos particulares entregar ao representante do Estado o valor estipulado, como praticavam as *Fermes Générales*⁴ francesas (BALEEIRO, 2006, p. 211) e a Coroa portuguesa no Brasil Colônia por meio da derrama (AMED; NEGREIROS, 2000, p. 158).

¹ Para o bem e para o mal: o impacto dos tributos no curso da civilização (tradução nossa).

² Uma história geral das rebeliões tributárias (tradução nossa).

³ Moral tributária do Estado e dos contribuintes (tradução nossa).

⁴ Fazendas públicas (tradução nossa).

A repartição foi substituída pela quotidade em que o critério – e não o valor – da oneração era estabelecido, e o valor final da receita arrecadada era variável (BALEEIRO, 2006, p. 212). A quotidade pode ser quantificada por meio de tributos fixos ou proporcionais, orientando-se por uma ou pela combinação das teorias: (i) teoria da capitação, em que cabe um valor fixo a cada um a título de tributo; (ii) teoria do benefício, filha legítima do contratualismo, segundo a qual o cidadão deve retribuir ao Estado os serviços por ele recebidos; e (iii) teoria do sacrifício, segundo a qual todos devem financiar o Estado de acordo com sua capacidade de fazê-lo (ROUSSEAU, 2002, p. 9-10).

A teoria do benefício ignora que diversas atuações estatais são de natureza difusa – como a segurança externa e a interna, a prestação jurisdicional e a própria manutenção do direito de propriedade – cuja fruição não é identificável e, portanto, não podem ser custeadas por tributos contraprestacionais (SOUSA, 1954, p. 130). Por essa razão, sua implantação sob forma pura foi esquecida há pelo menos dois séculos.

Isso se deveu principalmente à inscrição nas Constituições modernas de direitos fundamentais (HOMEM, 2014, p. 15-16). Os tributos passaram a servir não apenas às funções arrecadatória e de estabilização econômica, mas também ao atendimento de valores e princípios constitucionalmente previstos, como o meio ambiente e o atendimento a direitos sociais (BORBA, 2012, p. 490-516).

Todavia, a escolha da teoria do sacrifício não solucionou o problema proposto, pois era (e ainda é) preciso discernir acerca da base tributável: o patrimônio (renda acumulada), o fluxo de riqueza (a renda auferida) ou o consumo (a renda gasta)?

Malgrado os incontáveis e valorosos esforços – Kaldor (2014), Hall e Rabushka (1995) e Piketti (2014) –, ainda não foi formulada uma

resposta considerada correta e única. Certeza, se há, é a de que cada um dos cidadãos ou grupos de cidadãos tentam, com maior ou menor intensidade, reduzir a carga de tributos que sobre si recai (THOREAU, 1968, p. 34).

Ademais, ainda que prevaleça atualmente a ideia do tributo como um sacrifício baseado na solidariedade, pode-se acreditar na ideia de consentimento do indivíduo (CROUY-CHANEL, 2014, p. 5)? Sob as águas aparentemente calmas da normatividade imposta pelo Estado – inclusive e principalmente no plano constitucional, com sua repartição de competências tributárias e seus princípios da isonomia e da capacidade econômica previstos nos arts. 150, II, e 145, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017b]), respectivamente –, correntes antagônicas lutam em águas profundas. São os distintos agrupamentos sociais e econômicos tentando, desesperadamente, tirar de seus ombros o ônus de financiar o Estado, jogando o que lhes pesa sobre os ombros dos demais.

É nesse contexto que surge a discussão acerca das leis que preveem favores fiscais: elas servem à necessidade de arrecadar do Estado; contudo, ao mesmo tempo, mantêm e até mesmo exacerbam a injusta repartição do ônus de financiar esse Estado.

2 Leis de regularização tributária: pragmatismo arrecadatório

Já no século XIX, escrevia o romancista e político Macedo (2018) sobre a atividade legislativa tributária no Brasil: “Em menos de meia hora um deputado ou um senador escreve em cima da coxa uma emenda ou um artigo aditivo, que põe em desordem a administração pública ou em largo tributo o suor do povo”.

Há mais de duas décadas, o Brasil vem assistindo à edição das chamadas leis de regularização

tributária. Visivelmente benéficas para os inadimplentes, tais leis permitem, por um lado, que o ente receba de imediato uma parte – ainda que pequena – do crédito tributário. Por outro, concedem diversos favores fiscais aos devedores, funcionando como prêmios aos maus pagadores. Fala-se até em planejamento tributário (WATANABE, 2017) com base na expectativa de edição de leis de regularização.

A mais recente na esfera federal, até o momento em que se escreve este texto, é a Lei Complementar (LC) nº 162/2018 (BRASIL, 2018c), denominada Programa Especial de Regularização Tributária (PERT-SN), dirigida às empresas optantes pelo Simples Nacional e aos Microempreendedores Individuais. Além desse benefício, foram promovidos, entre outros, nos últimos doze anos: o Programa Especial de Regularização Tributária Rural (PRR), Lei nº 13.606/2018 (BRASIL, [2018f]); o Programa Especial de Regularização Tributária geral (PERT), Lei nº 13.496/2017 (BRASIL, [2017d]), conversão da Medida Provisória (MP) nº 783/2017 (BRASIL, [2017e]); o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (PROIES), Lei nº 12.688/2012 (BRASIL, [2014b]); o REFIS da crise, Lei nº 11.941/2009 (BRASIL, [2015b]), conversão da MP nº 449/2008 (BRASIL, [2009e]), absorvendo os programas anteriormente editados – REFIS da Lei nº 9.964/2000 (BRASIL, [2009c]), PAES da Lei nº 10.684/2003 (BRASIL, [2009d]), PAEX da MP nº 303/2006 (BRASIL, [2006]); e o benefício voltado para as entidades desportivas, objeto da Lei nº 11.345/2006 (BRASIL, [2018e]), Timemania.

Pode-se esperar, em face dos acontecimentos relativos à chamada greve dos caminhoneiros⁵, a edição de uma oportuna Lei de Regularização dos Transportadores de Cargas. A adesão a essas leis pressupõe a consolidação e confissão da dívida, a confissão de sujeição passiva, a desistência de lides nas vias administrativa e judicial, e o pagamento parcial à vista (muitas vezes um percentual ínfimo de 2,5%). Por outro lado, a União se obriga a limitar o valor da prestação a 1,5% da receita bruta do mês anterior da pessoa jurídica, e chega a conceder moratória de 12 meses, após o que o contribuinte pode ingressar com parcelamento de até 176 meses, 180 meses e mesmo 240 meses, ou seja, vinte anos, como se pode constatar da leitura dos textos legais.

O “pacote de bondades” contempla ainda remissão, chegando a 100% dos juros sobre o crédito tributário constituído, e anistia⁶ de até 100% das

⁵ A chamada greve dos caminhoneiros foi iniciada em 21/5/2018 e durou onze dias, paralisando o País, causando desabastecimento generalizado e resultando na redução dos tributos federais incidentes sobre o diesel – PIS, COFINS e CIDE (GREVE..., 2018).

⁶ Há autores que consideram ser a anistia uma hipótese de redução de multas ainda não constituídas, pois, se já objeto de lançamento, tratar-se-ia de remissão (ALEXANDRE, 2009, p. 473). Esclareça-se, contudo, que a redução legal de multas ainda não submetidas

multas. Cumpre destacar que, desde 2008 até o ano de 2018, os juros e multas cancelados ascenderam a 176 bilhões de reais, valor correspondente a 60% da dívida original e, de mais a mais, as renúncias fiscais diminuíram os repasses da União aos estados e municípios em R\$ 18 bilhões e R\$ 15,5 bilhões respectivamente (VÍDEOS, [2018?]).

As leis de regularização tributária contêm cláusulas que preveem concessões mútuas entre credor e devedor para que se possa obter a satisfação do crédito tributário. Trata-se, portanto, de transação tributária a teor dos arts. 175, II, e 180 a 182 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN) (BRASIL, [2013]; MACHADO, 2001, p. 60-70). Espantosamente, essas leis não restringem os benefícios aos créditos tributários em que seja apurada fraude, sonegação e conluio tributários definidos nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964 (BRASIL, [2014a]), ou que tenham sido objeto de denúncia em face do delito de sonegação fiscal previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 (BRASIL, [2011]) ou no art. 337-A do Código Penal (BRASIL, [2018a]), ainda que haja processo penal já instaurado por esses crimes, contrariando o disposto no parágrafo único do art. 154 e no inc. I do art. 180, ambos do CTN. Por fim, algumas dessas leis permitem inclusive a extinção do débito por meio do uso de prejuízos fiscais.

A transação é forma de extinção⁷ do crédito tributário conforme art. 156, III, do CTN, prevista desde a elaboração do projeto do Código – Projeto nº 4.834, de 1954 (BRASIL, 1954). Contudo, a lei nacional não detalhou a extensão e os limites das mencionadas concessões, ficando a cargo dos entes da federação defini-los, em face de sua competência legislativa concorrente para tratar de normas gerais (art. 24, I e §§, CRFB).

Carece a nação, portanto, de regras gerais de transação⁸ de caráter nacional – caso editadas por lei complementar e passíveis de inserção no corpo do CTN – ou de natureza federal, o que poderia simplificar sobremaneira o tratamento dos inúmeros impostos e contribuições da União e dar, aditivamente, maior segurança jurídica aos contribuintes. A essa lacuna somam-se as discussões relativas à indisponibilidade do crédito tributário (CATARINO; ROSSINI, 2016, p. 157-183) e a ausência de medidas alternativas de prevenção e resolução de controvérsias tributárias, a exemplo da arbitragem e da conciliação, como expõe Rodrigues (2009).

A legislação lacunosa e o permanente conflito entre o Estado tribu-
tador e os inconformados contribuintes levam ao acúmulo de dívidas

a lançamento não corresponde a hipótese nem de anistia, nem de remissão, pois enseja a aplicação retroativa da lei tributária nos termos do art. 106, II, CTN (AMARO, 2012, p. 668).

⁷ Há ordenamentos jurídicos que não admitem a transação tributária (FONROUGE, 1973, p. 190-191).

⁸ Ver PLP nº 469/2009 e PL nº 5.082/2009, que tramitam na Câmara Geral de Transação e Conciliação (CGTC) (BRASIL, [2009a], [2009b]).

inadimplidas e de disputas administrativas e judiciais. Um cabo de guerra que, como de praxe, arrebenta no lado mais fraco.

Na edição de 2018 da PGFN em Números (BRASIL, 2018g) relativa ao ano de 2017, o órgão federal incumbido da satisfação dos créditos tributários inscritos em dívida ativa anunciava a existência de débitos federais inadimplidos no valor de 2 trilhões de reais, dos quais R\$ 430.419.091.380,22 relativos a débitos previdenciários, R\$ 1.565.214.398.878,29 a débitos não previdenciários e R\$ 13.369.566.361,87 de FGTS. Cabe observar que grande parte da atuação da Procuradoria da Fazenda na recuperação desses créditos advém daqueles oriundos de benefícios fiscais (55,38%), entre eles dos diversos programas de recuperação fiscal.

Em que pesem as razões explicitadas pelo Executivo federal de tais favores fiscais apontarem para a necessidade de estabilização da economia⁹, não se estabelece nenhum critério para verificação de sua eficácia sobre a atividade econômica. Os estudos sobre os resultados dessas normas contêm apenas dados sobre montantes arrecadados, não apresentando o governo estudo algum respeitante aos impactos proporcionados pelos programas de recuperação fiscal (VÍDEOS, [2018?]). Diante desse cenário, indaga-se: os fins arrecadatórios podem valer-se de todos os meios?

Nesse escopo, é útil trazer à discussão a lei de regularização cambial e tributária, Lei nº 13.254/2016 (BRASIL, [2017c]). Tida como um sucesso em termos de arrecadação¹⁰, representou seguramente um fracasso em termos de ética pública. A referida lei buscou tributar a riqueza nacional enviada ao exterior. Contudo, admitiu que valores não declarados, ou seja, sonegados nos termos dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964, fossem incluídos no regime. Determinou a apuração do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) à alíquota de 15% independentemente do montante ocultado quando, nesse mesmo ano, a renda do trabalho declarada era tributada a alíquotas que chegavam a 27,5% sobre o montante de R\$ 55.976,16 no ano. Ademais, previu a aplicação de multa de 100% sobre o imposto, mais benéfica que a imposta pelo art. 44 da Lei nº 9.430/1996 (BRASIL, [2018d]), no percentual de 150%. Enfim, deu tratamento favorecido ao contribuinte que, ocultando suas rendas e riquezas, enviou recursos ao exterior em detrimento daquele que não o fez. Indevidamente chamada de “lei de repatriação”, não exigiu qualquer repatriação de recursos.

⁹ A exposição de motivos da MP nº 783/2017, convertida na Lei nº 13.496/2017, que criou o PERT, justificava sua edição argumentando: “a urgência e a relevância [...] se fundamentam no atual cenário econômico, que demanda regularização tributária por parte dos contribuintes, permitindo, assim, a retomada do crescimento econômico e a geração do emprego e renda” (BRASIL, 2017a).

¹⁰ A arrecadação extraordinária, concentrada em outubro de 2016, referente ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), foi no valor de cerca de R\$ 46 bilhões, dos 1,27 trilhões totais arrecadados pela União naquele ano (BRASIL, 2017f).

Ainda que não seja possível emitir um juízo de valor conclusivo acerca de tais leis de transação, suas sucessivas edições causam desconforto, seja porque parecem estimular o mau pagador, seja porque passam a ser utilizadas como instrumento de planejamento tributário, ou ainda porque resultam em formação de caixa financeiro esporádico e transitório do governo da ocasião para atender a conjunturas, sem nada solucionar efetivamente em termos de redução do estoque de créditos tributários de difícil recuperação. Vejamos:

Nos últimos 16 anos, foram criados aproximadamente 30 programas de parcelamento. “O contribuinte já se acostumou com isso”, diz João Paulo Ramos Fachada, subsecretário de arrecadação e cobrança da Receita Federal. A Receita estima que R\$ 18,6 bilhões deixaram de ser arrecadados em obrigações tributárias correntes por ano, desde 2001, em decorrência dos parcelamentos especiais. “O uso indevido de sucessivos Refis não educa o contribuinte”, afirma Heleno Torres, professor de direito tributário da Universidade de São Paulo (USP) (CASTRO, 2017).

Ademais, sua natureza pouco transparente perante as finanças públicas e, portanto, refratária a controles dá a impressão de que o Estado, para fins arrecadatórios, pode valer-se de todos os meios.

3 Gastos tributários: despesas indiretas regressivas

O Brasil vem enfrentando uma severa crise fiscal desde o final de 2014. Entre outros estudos sobre o tema, relatório recente do Banco Mundial aponta déficits fiscais anuais superiores a 8% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2015-2016 e um aumento da dívida pública de 51,5% do PIB em 2012 para mais de 73% do PIB em 2017 (UM

AJUSTE..., 2017, p. 7). Apontamos o documento pela necessidade urgente de ajuste fiscal a fim de estabilizar a dívida pública: cerca de 5% do PIB no resultado primário¹¹, o que requer a obtenção de mais receitas correntes – tributos – e a redução de despesas.

Nesse diapasão, a edição de leis que concedem benefícios tributários que dispensam o recolhimento de créditos já constituídos – remissões e anistias – requer um exame criterioso que deve abranger a conceituação de tais benefícios em função dos conceitos de receita e despesa pública.

Assim como o § 5º do art. 165 da CRFB, o § 1º do art. 14 da LC nº 101/2000 (BRASIL, [2018b]), Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), considera as anistias e remissões benéficas e renúncias fiscais. Uma redução de receitas, portanto. Por essa razão, não constam explicitamente do orçamento e não são contabilizadas na Lei Orçamentária Anual (LOA), ainda que um demonstrativo em anexo deva acompanhá-las.

Esses benefícios fiscais foram conceituados na década de 1980 como gastos tributários, isto é, como despesas indiretas realizadas por meio do sistema tributário visando a objetivos econômicos e sociais. Reduzem a arrecadação potencial, elevam as disponibilidades dos contribuintes e, ao mesmo tempo, representam exceções ao sistema tributário de referência (SURREY; MCDANIEL, 1985, p. 3). A Receita Federal do Brasil adotou esse conceito, informando em sua página eletrônica que

gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário, visando a atender objetivos econômicos e sociais e constituem-se em uma exceção ao sistema tributário de referência, reduzindo a arrecadação potencial e, consequentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte (BRASIL, [200-]).

¹¹ Diferença entre receitas arrecadadas e todas as despesas, à exceção dos encargos da dívida pública.

No Canadá, são tratados como desvios do sistema tributário padrão; no Japão, como medidas tributárias especiais para levar em consideração alguns objetivos da tributação como neutralidade, equidade e simplicidade; para o Banco Interamericano de Desenvolvimento, como uma receita perdida já que podem ser vistos como uma maneira pela qual o Estado desiste, parcial ou totalmente, de aplicar o regime geral tributário em busca de um objetivo maior de política econômica ou social (VILLELA; LEMGRUBER; JORRAT, 2010, p. 2).

Objetivando uma uniformização sobre o tema, o Fundo Monetário Internacional (FMI), em seu Manual de Transparência Fiscal (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2007, p. 64), buscou uma definição:

Tax expenditures are revenues forgone as a result of selective provisions in the tax code. They may include exemptions from the tax base, allowances deducted from gross income, tax credits deducted from tax liability, tax rate reductions, and tax deferrals (such as accelerated depreciation).¹²

Dessarte, caracterizam-se como gastos tributários as isenções, anistias, presunções creditícias, reduções de alíquotas, deduções, abatimentos e diferimentos de obrigações, a exemplo da isenção de IRPF no recebimento de lucros e dividendos¹³ por sócios e acionistas da pessoa jurídica (art. 10 da Lei nº 9.249/1995)

¹²“Gastos tributários seriam receitas perdidas, tendo em vista disposições seletivas no código tributário. Incluiriam todas as isenções da base tributária, reduções da base de cálculo, créditos tributários deduzidos do tributo devido, reduções nas alíquotas ou o diferimento de sua exigência (como a depreciação acelerada)” (tradução nossa).

¹³“Há países que tributam apenas o lucro, como o Brasil e mais duas dezenas de países; há os que só tributam na distribuição, como a Estônia, apontada erroneamente como a solitária companhia do modelo brasileiro; e há os que tributam o lucro e a distribuição, como os EUA e os países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)” (MACIEL, [c2015-2018]).

(BRASIL, [2015a]). Não são considerados gastos tributários, por outro lado, ainda relativamente ao IRPF, as adequações do tributo às suas características essenciais, ou seja, aos atributos da pessoalidade, generalidade, progressividade, universalidade. Nesse sentido, a diferença de 20% entre a apuração do IRPF à alíquota de 7,5% para rendimentos abaixo de determinado valor, quando a alíquota mais elevada é de 27,5%, não representa gasto tributário, mas, simplesmente, a adequação desse tributo à progressividade.

As desonerações fiscais, isto é, os gastos tributários, merecem exame bastante detalhado. Em primeiro lugar, pelas dificuldades na observação dos resultados pretendidos em termos de estabilização econômica, sua justificativa usual.

Há dois métodos para cálculo dos gastos tributários: o da perda inicial e o da perda final (BURMAN, 2003). O primeiro, mais simples de ser mensurado, é também o mais comumente utilizado. Nele se verifica a perda de arrecadação considerando-se a mesma base tributável. Se a alíquota genérica do ICMS para a comercialização de mercadorias, atualmente igual a 18% em Pernambuco, for reduzida para 10%, o gasto tributário corresponderá a 8% vezes a referida base. Já o método da perda final leva em consideração não apenas a perda de arrecadação decorrente da alteração na legislação, mas também os efeitos dessa mudança sobre a própria base tributável. No exemplo anterior, é de se esperar que a redução de alíquota do ICMS de 18% para 10% se traduza em uma elevação no consumo da maior parte dos bens, o que levaria à expansão da base tributável, compensando em parte a redução da receita desse tributo.

Em segundo lugar, mas não menos relevante, as desonerações merecem atenção em razão da invisibilidade orçamentária. Os gastos fiscais não são, legalmente, uma despesa pública (art. 165, § 5º, da CRFB; arts. 12 e 13 da Lei nº 4.320/1964 (BRASIL, [1982]), Lei de Finanças

Públicas (LFP)). Confundem-se, assim, com os conceitos de benefício fiscal (art. 150, § 6º, da CRFB), de renúncia de receitas (§ 1º do art. 14 da LRF), inclusive as imunidades.

Em terceiro lugar e, certamente, em primeiro sob aspecto da justiça, as desonerações merecem atenção porque em um Estado fiscal qualquer gasto tributário acarreta um repasse compensatório para outro grupo de contribuintes. Partindo-se da ausência de consentimento que caracteriza o fenômeno da tributação, em sociedades sujeitas a pressões de grupos econômicos e políticos privilegiados, tais gastos tendem a se converter em regalias, numa flagrante lesão aos princípios da isonomia tributária (art. 150, II, da CRFB) e da capacidade econômica (art. 145, § 1º).

Na publicação de 2018 do Panorama Fiscal da América Latina e do Caribe, relatório anual editado pela Comissão Econômica da América Latina (Cepal), uma das preocupações diz respeito à ineficiência econômica dos tributos na região. Haveria sérias limitações em suas bases tributárias impostas pelas diversas formas de tratamentos favoráveis para setores específicos, desde alíquotas mais baixas até as isenções e imunidades (UNITED NATIONS, 2018, p. 55).

Talvez um dos grandes dissabores dos gastos tributários seja justamente o volume de arrecadação tributária que é perdido. Podestá (2018 apud UNITED NATIONS, 2018, p. 55) observa que o que deixa de ser arrecadado em nosso subcontinente normalmente alcança em média dois pontos percentuais do PIB. O Brasil estaria bem acima dessa média, com 4%, mas abaixo de países como o Uruguai, com mais de 6%, e a Colômbia, com 7,5%.

O autor aponta, igualmente, para a composição por tributo dos gastos, ressaltando que, na maior parte dos países latino-americanos, o IVA é o tributo que mais tem perda de arrecadação, com exceção do Chile e do Brasil, onde é supe-

rado pelos tributos sobre a renda – em torno de 2% do PIB – e, nestes últimos, os benefícios da renda corporativa superam os da renda da pessoa física (PODESTÁ, 2018 apud UNITED NATIONS, 2018, p. 56).

O relatório da Cepal conclui com uma preocupação muito pertinente ao presente trabalho: considerando os altos custos dos gastos tributários, sua existência deve estar justificada pelos resultados apresentados. No entanto, uma lacuna aparece aqui: não há uma avaliação sistemática dos impactos sociais e econômicos, sejam setoriais, sejam globais, em toda a América Latina (UNITED NATIONS, 2018, p. 56).

Os gastos fiscais são criticáveis, por fim, por elevar a complexidade do sistema tributário, acarretando simultaneamente um custo maior de *compliance* para as empresas e um esforço maior de fiscalização para a administração tributária, elevando o risco de práticas elusivas e evasivas.

A Receita Federal do Brasil publica periodicamente dados relativos aos gastos tributários (BRASIL, 2014c), indicando sua evolução tanto em termos da arrecadação tributária federal quanto em termos de PIB. De acordo com os dados, é possível constatar um crescimento contínuo entre os anos de 2006 e 2015, de 3,33% do PIB e de 15,35% da carga tributária em 2006 para 4,5% e 22,67%, respectivamente. Não obstante ter havido uma redução a partir de 2016, as projeções até 2020 apontam para um patamar de gastos tributários ao redor de 4,12% do PIB e de 20% da carga tributária federal. Nesse mesmo período de crescimento contínuo, a carga tributária foi paulatinamente sendo reduzida, regredindo de 33,57% do PIB em 2006 para 32,11% em 2015 (BRASIL, 2017f).

Comparando os gastos fiscais federais em função do PIB, vê-se que no período eles se elevaram em aproximadamente 35,14%, enquanto a carga tributária federal foi reduzida em 4,35%. Ou seja, a redução da oneração tributária sobre

o conjunto da sociedade parece ser reflexo da desoneração para os grupos econômicos e sociais beneficiados por leis específicas entre 2006 e 2015. No contexto de um Estado que se financia pela via dos tributos, esses dados tendem a significar desoneração para uns e maior tributação para outros.

Ora, são diversos os países que apresentam gastos tributários (*tax expenditure*). Em completa publicação sobre o tema, a Organisation for Economic Co-operation and Development (2010) coletou informações, comparando-as com a carga tributária (*tax burden*), conforme tabela 1 a seguir.

Tabela 1

Carga tributária *versus* gastos tributários

| País | Tax Burden % PIB | Tax Expenditure* % PIB |
|---------------|------------------|------------------------|
| Reino Unido | 33,2 | 12,8 |
| Canadá | 31,7 | 6,9 |
| EUA | 26,0 | 6,0 |
| Espanha | 33,8 | 4,6 |
| Coreia do Sul | 26,3 | 2,5 |
| Holanda | 38,8 | 2,0 |
| Alemanha | 37,6 | 0,7 |

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados da Organisation for Economic Co-operation and Development (2010).

Se os gastos fiscais – e seus criticáveis defeitos anteriormente mencionados – compõem a política tributária de vários países, o que deve ser analisado em relação ao tema? Sendo certo que a desoneração para uns acarreta uma despesa pública que há de ser paga por outros, o exame dos interesses atendidos por tais gastos merece toda atenção.

Burman (2003), ao examinar dados dos Estados Unidos abrangendo os anos de 1980 a 2000, verifica que os gastos fiscais com finalidade social – *Social Tax Expenditure* – têm maior importância que aqueles associados a incentivos econômicos – *Business Tax Expenditures*. Mas não parece ser isso o que acontece em estudos realizados para o Equador (ECUADOR, 2015) e para o Chile (CHILE, 2015), em que os mais beneficiados são justamente aqueles situados nos decis mais levados de rendimento.

No Brasil, os principais gastos tributários da União previstos para o ano de 2019 foram assim discriminados em relação à sua participação nos gastos totais: Simples Nacional, 28%; rendimentos isentos do IRPF, 10,5%; Zona Franca de Manaus 9,9%; agricultura e agroindústria 9,9%; entidades sem fins lucrativos, 7,9%; deduções do rendimento tributável do IRPF, 6,6%; e benefícios do trabalhador, 4,09% (BRASIL, 2018h).

Ao se observar a tabela 2, constata-se, de forma agregada, que os gastos vinculados a benefícios econômicos e empresarias são maiores que aqueles associados diretamente às questões sociais. Até porque uma parcela substancial da isenção do IRPF, inserida na função trabalho, decorre da não tributação dos lucros e dividendos recebidos por sócios e acionistas e das rendas oriundas de doações e heranças.

Tabela 2

Gastos tributários – projeções PLOA 2019 (Consolidação por função orçamentária)

| Comércio/Serviço | 28,37% |
|-------------------------|---------------|
| Trabalho | 13,80% |
| Saúde | 13,49% |
| Indústria | 12,32% |
| Agricultura | 10,83% |
| Educação | 5,22% |
| Assistência Social | 4,97% |
| Ciência e Tecnologia | 3,73% |
| Habitação | 3,26% |
| Transporte | 1,83% |
| Energia | 0,90% |
| Cultura | 0,69% |
| Direitos da Cidadania | 0,30% |
| Desporto e Lazer | 0,15% |
| Administração | 0,10% |
| Organização Agrária | 0,01% |
| Saneamento | 0,01% |
| Defesa Nacional | 0,01% |

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados de Brasil (2018h).

A invisibilidade dos gastos fiscais é, portanto, um grande entrave à sua avaliação como política tributária por dificultar a compreensão de quais grupos de interesse tais medidas estão efetivamente atendendo.

Com base nos dados publicados pela Secretaria da Receita Federal (SRF) consolidados na tabela 3, é possível constatar a regressividade¹⁴ da

¹⁴ Há regressividade quando as alíquotas diminuem à medida que a base de cálculo aumenta. Há progressividade, ao contrário, quando as alíquotas aumentam acompanhando o aumento da base de cálculo. Por fim, o tributo é degressivo quando as alíquotas aumentam até determinado valor de base de cálculo, permanecendo constantes a partir desse valor (SELIGMAN, 1913, p. 13). Quando se trata da análise da carga tributária como um todo, diz-se regressiva a tributação predominantemente indireta, em que há repercussão, ou seja, a transferência do ônus da tributação do contribuinte de direito para o contribuinte de fato, incidindo uma mesma alíquota para qualquer capacidade contributiva e onerando mais fortemente os contribuintes de menor renda (SOUZA, 1954, p. 135; SAMUELSON, 1979, p. 176-224).

carga tributária brasileira no período de 2014 a 2017, estruturada sobre tributos indiretos – impostos e contribuições especiais – que representam mais de 60% da carga tributária total.

Tabela 3

Distribuição percentual da arrecadação das receitas administradas pela Receita Federal por base de incidência (Período: 2014 a 2017)

| | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
|--|------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|
| Tributos diretos: propriedade e renda | 32,40% | 32,37% | 34,29 | 32,99 |
| Tributos indiretos: bens e serviços + folha de pagamentos das empresas + operações financeiras | 65,25% (33,13 + 29,52 + 2,6) | 65,05% (32,96 + 29,18 + 2,91) | 62,22% (30,61 + 28,95 + 2,66) | 63,92% (31,71 + 29,56 + 2,65) |
| Outros | 2,35% | 2,58% | 3,49% | 3,09% |

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados de Brasil (2017g).

Em seu Comunicado nº 92, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) (2011, p. 3-5) demonstrou, com base na análise do coeficiente de desigualdade Gini para 2009, os efeitos da regressividade da carga tributária brasileira. Segundo o Ipea, o índice de desigualdade na distribuição de renda no Brasil é de 0,634, considerando-se a renda original das famílias, isto é, todos os rendimentos da família, exceto os benefícios diretos. Quando se somam à renda original os chamados benefícios diretos – benefício de prestação continuada e bolsa família, por exemplo –, o coeficiente de desigualdade se reduz para 0,586. Ao se mensurar os efeitos da tributação direta sobre o patrimônio e a renda, obtém-se a renda disponível das famílias, e o índice de Gini se reduz ainda mais (0,571), indicando uma menor desigualdade na distribuição de renda.

Contudo, após a incidência dos tributos indiretos, a desigualdade se eleva para 0,598. Conclui-se que a regressividade da tributação anula os gastos sociais diretos. Ainda que o coeficiente de Gini se estabilize em 0,496 após o cômputo dos benefícios indiretos – gastos sociais com saúde e educação públicos –, é extremamente preocupante a percepção de que a incidência de tributos onera com maior força os mais pobres que os mais ricos (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011).

Acrescentando-se a essa análise a constatação de que as maiores desonerações têm sido direcionadas a atividades econômicas e não a atividades de natureza social, pode-se inferir que os gastos fiscais, cujos

resultados econômicos nem sequer são mensurados, não produzem resultados sociais e, ao contrário, mantêm a regressividade da tributação.

4 Conclusão: o problema da tributação é sua injusta repartição

Espera-se haver demonstrado que a concessão de benefícios fiscais sob a forma de leis de transação tributária – envolvendo moratórias, parcelamentos, remissões e anistias – representam, no Brasil, despesas fiscais realizadas de forma pouco transparente e em benefício de setores da sociedade que não indicam necessitar, sob o ponto de vista social, de tais favores fiscais. Assemelham-se a regalias para alguns setores da coletividade.

A legislação nacional pouco detalhada e, apenas para falar de tributos federais, as inúmeras leis concessivas de benefícios associadas ao eterno conflito entre o Estado que tributa e o contribuinte que reluta em pagar acarretam um significativo número – seja em quantidade, seja em valor – de dívidas não pagas. Um cabo de guerra que, puxado em sentidos opostos, cede do lado mais frágil.

Nesse contexto, surgem os gastos fiscais travestidos de desonerações tributárias e de renúncias de receitas – usualmente denominadas leis de regularização – que representam verdadeiras despesas orçamentárias indiretas: Programa Especial de Regularização Tributária (PERT-SN); Programa Especial de Regularização Tributária Rural (PRR); Programa Especial de Regularização Tributária geral (PERT); Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (PROIES); REFIS da crise e benefício voltado para as entidades desportivas conhecido por Timemania.

Considerando-se que o ônus de financiar o Estado deve ser entre todos repartido, tais medidas, examinadas mais de perto, revelam-se regalias tributárias em detrimento de outros membros e setores da coletividade. O quadro se agrava diante do fato de que as parcelas mais pobres da população já são oneradas de forma regressiva.

Ao se adicionar ao exame da questão o fato de que a regressividade da tributação anula o efeito da redução da desigualdade de renda causado pelos gastos sociais diretos, como as transferências de renda, torna-se extremamente preocupante a percepção de que a incidência de tributos onera mais os mais pobres que os mais ricos.

As chamadas leis de regularização tributária federais têm atendido à necessidade de obtenção de superávit primário pela União, como se constata com base em dados de arrecadação publicados pela Receita

Federal (BRASIL, 2017g) e de recuperação de créditos divulgados pela Procuradoria da Fazenda Nacional (BRASIL, 2018g). Entrementes, ao transferir o ônus da despesa indireta para grupos de menor poder econômico, tais medidas deixam a certeza de que nem todos os fins podem valer-se de todos os meios.

Sobre os autores

Bruna Estima Borba é doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil, com especialização em Economia pela UFPE, Recife, PE, Brasil; graduada em Engenharia Mecânica e em Direito pela UFPE, Recife, PE, Brasil; professora adjunta de Direito Tributário e Financeiro na UFPE e na Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil.

E-mail: brunaestimaborba@gmail.com

André Felipe Canuto Coelho é doutor em Ciência Política e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; graduado em Direito e Economia pela UFPE, Recife, PE, Brasil; professor de Direito Tributário, Financeiro e Econômico no mestrado e na graduação da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Recife, PE, Brasil; auditor fiscal da Receita Federal do Brasil.

E-mail: afcbbgp@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

BORBA, Bruna Estima; COELHO, André Felipe Canuto. Gastos fiscais: regalia sob forma de despesa pública indireta? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 181-199, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p181

(APA)

Borba, B. E., & Coelho, A. F. C. (2019). Gastos fiscais: regalia sob forma de despesa pública indireta? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 181-199. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p181

Referências

ADAMS, Charles. *For good and evil: the impact of taxes on the course of civilization*. 2nd ed. Lanham, MD: Madison Books, c1999.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. *História dos tributos no Brasil*. São Paulo: Sinafresp, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BORBA, Bruna Estima. Da expropriação ao dever de solidariedade: a imposição tributária e as dimensões dos direitos fundamentais. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). *História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 490-519.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Medida Provisória nº 783, de 31 de maio de 2017*. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2017/medidaprovisoria-783-31-maio-2017-784999-exposicaoemotivos-152944-pe.html>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar [nº 469, de 2009]*. Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados, 2009a]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C729049AAD514AD049E5E58C04CAB114.proposicoesWebExterno1?codteor=648724&filename=PLP+469/2009. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei [nº 5.082, de 2009]*. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências. Brasília, DF: [Câmara dos Deputados, 2009b]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648733&filename=PL+5082/2009. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Congresso Nacional. Projeto nº 4.834, de 1954. Institui o Código Tributário Nacional. *Diário do Congresso Nacional*, [Rio de Janeiro], ano 9, n. 149, p. 6.071-6.080, 7 set. 1954. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07SET1954.pdf#page=11>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 162, de 6 de abril de 2018*. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional (Pert-SN). Brasília, DF: Presidência da República, 2018c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp162.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1982]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. *Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas. Brasília, DF: Presidência da República, [2014a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4502.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000*. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nºs 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, [2009c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9964.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003*. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.684.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006*. Dispõe sobre a instituição de concurso de prognóstico destinado ao desenvolvimento da prática desportiva, a participação de entidades desportivas da modalidade futebol nesse concurso e o parcelamento de débitos tributários [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2018e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11345.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009*. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012*. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); institui o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2014b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12688.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Brasília, DF: Presidência da República, [2017c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13254.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017*. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e altera a Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Brasília, DF: Presidência da República, [2017d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13496.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018*. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril

de 1994 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2018f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13606.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006*. Dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social nas condições que especifica e altera a legislação tributária federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Mpv/303.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008*. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários, concede remissão nos casos em que especifica, institui regime tributário de transição, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Mpv/449.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Medida Provisória nº 783, de 31 de maio de 2017*. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2017e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv783.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PGFN em números: dados de 2017*. Brasília, DF: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 2018g. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias/arquivos/2018/pgfn_em_numeros_final_2_web.pdf/view. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Receita Federal. *Carga tributária no Brasil 2016: análise por tributos e bases de incidência*. Brasília, DF: Receita Federal, 2017f. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Receita Federal. Conceito de gasto tributário. *Receita Federal*, [Brasília, DF, 200-]. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/demonstrativos-dos-gastos-tributarios/conceito-de-gasto-tributario>. Acesso em: 25 fev. 2019.

_____. Receita Federal. *Demonstrativo dos gastos governamentais indiretos de natureza tributária: (gastos tributários) – PLOA 2019*. Brasília, DF: Receita Federal, 2018h. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Receita Federal. Demonstrativo dos gastos tributários – DGT. *Receita Federal*, [Brasília, DF], 2014c. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/demonstrativos-dos-gastos-tributarios-dgt>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Receita Federal. Evolução dos gastos tributários – bases efetivas e projeções. *Receita Federal*, [Brasília, DF], 2018i. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/demonstrativos-dos-gastos-tributarios/dgt-bases-efetivas-e-projecoes>. Acesso em: 13 fev. 2019.

_____. Secretaria da Receita Federal. *Análise da arrecadação das receitas federais*. Brasília, DF: Receita Federal, 2017g. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2017/dezembro2017/analise-mensal-dez-2017.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BURG, David F. *A world history of tax rebellions: an encyclopedia of tax rebels, revolts, and riots from antiquity to the present*. New York: Routledge, 2004.

BURMAN, Leonard E. Is the tax expenditure concept still relevant? *National Tax Journal*, [Washington, DC], v. 56, n. 3, p. 613-627, Sept. 2003. DOI: [dx.doi.org/10.17310/ntj.2003.3.11](https://doi.org/10.17310/ntj.2003.3.11). Disponível em: <https://www.ntanet.org/NTJ/56/3/ntj-v56n03p613-27-tax-expenditure-concept-still.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

CASTRO, Gleise de. Devedor contumaz tem vantagem competitiva. *Valor Econômico*, São Paulo, 5 dez. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5217423/devedor-contumaz-tem-vantagem-competitiva>. Acesso em: 14 fev. 2019.

CATARINO, João Ricardo; ROSSINI, Guilherme de Mello. A transação tributária e o mito da (in)disponibilidade dos interesses fazendários. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 15, n. 2, p. 155-185, abr./jun. 2016. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.15.n.2.2016.636>. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/636/708>. Acesso em: 14 fev. 2019.

CHILE. Subdirección de Estudios, Servicio de Impuestos Internos. *Gasto tributário*: 2014-2016. [Santiago]: Subdirección de Estudios, Servicio de Impuestos Internos, 2015. Disponível em: http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios/gasto_tributario_2014_2016.pdf. Acesso em: 14 fev. 2019.

CROUY-CHANEL, Emmanuel de. Le consentement à l'impôt. *Pouvoirs*, [s. l.], n. 151, p. 5-14, 2014. DOI: <https://doi.org/10.3917/pouv.151.0005>. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2014-4-page-5.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

DANIEL, Jean-Marc. *8 Lições de história econômica*: crescimento, crise financeira, reforma fiscal, despesa pública. Tradução: Jorge Costa. Coimbra: Actual, 2013.

ECUADOR. Ministerio de Finanzas. *Programación presupuestaria cuatrianual*: 2016-2019. [Quito, DM]: Ministerio de Finanzas, 2015. Disponível em: <https://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/11/34-Programaci%C3%B3n-Presupuestaria-Cuatrianual-2016-2019.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

FERNANDES, Simone Lemos. *As contribuições neocorporativas na Constituição e nas leis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Originalmente apresentado como tese da autora (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. Tradução da 2. ed. argentina por Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: Lael, 1973.

GREVE dos caminhoneiros. *G1*, [Rio de Janeiro], 4 jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/ao-vivo/greve-de-caminhoneiros-maio-de-2018.ghtml>. Acesso em: 12 fev. 2019.

HALL, Robert E.; RABUSHKA, Alvin. *The flat tax*. 2nd ed. Stanford, CA: Hoover Institution Press, 1995.

HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de direitos humanos. In: BRANDÃO, Cláudio (coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15-31.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Equidade fiscal no Brasil*: impactos distributivos da tributação e do gasto social. [Brasília, DF]: Ipea, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110519_comunicadoipea92.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Manual on fiscal transparency*. rev. ed. Washington, DC: International Monetary Fund, 2007. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/2007/eng/101907m.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2019.

KALDOR, Nicholas. *Expenditure tax*. London: Taylor & Francis Group, 2014. *E-book*.

MACEDO, Joaquim Manuel de. Migalhas nº 4.387. *Migalhas*, [São Paulo], 29 jun. 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/informativo/4387>. Acesso em: 12 fev. 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. A transação no direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 75, p. 60-70, dez. 2001.

MACIEL, Everaldo. Impostos em tempos de eleição. *Fundação Astrojildo Pereira*, [Brasília, DF, c2015-2018]. Disponível em: <http://www.fundacaoastrojildo.com.br/2015/2018/09/06/everardo-maciel-impostos-em-tempos-de-eleicao/>. Acesso em: 13 fev. 2019.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In: ESTUDOS em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 737-792.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax expenditures in OECD countries*. [Paris]: OECD, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/tax-expenditures-in-oecd-countries/>

planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/arquivos/ocde2011/oecd_tax.pdf. Acesso em: 13 fev. 2019.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RODRIGUES, Tereza Cristina Tarragô Souza. *Alternativas consensuais de resolução dos conflitos tributários no direito brasileiro: perspectivas à luz do princípio da legalidade*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4184/1/arquivo6361_1.pdf. Acesso em: 13 fev. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Rolando Roque da Silva. [S. l.]: Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2019.

SAMUELSON, Paul Anthony. *Introdução à análise econômica*. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1979. v. 1.

SELIGMAN, Edwin Robert Anderson. *L'impôt sur le revenu*. Traduction française par William Oualid. Paris: M. Giard & E. Brière, 1913. (Bibliothèque Internationale de Science et de Législation Financières).

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1954.

SURREY, Stanley S.; MCDANIEL, Paul R. *Tax expenditures*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

THÉORIE de l'impôt. *Fallait Pas Faire Du Droit*, [s. l., 2013]. Disponível em: <https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-fiscal/theorie-de-l-impot/206-les-ideologies-fiscales-cours>. Acesso em: 12 fev. 2019.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros ensaios*. Seleção, tradução, prefácio e notas de José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1968. (Clássicos Cultrix).

TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Traducción de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

UM AJUSTE justo – análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil. *The World Bank*, [s. l.], 21 nov. 2017. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>. Acesso em: 12 fev. 2019.

UNITED NATIONS. Economic Commission for Latin America and the Caribbean. *Fiscal panorama of Latin America and the Caribbean: public policy challenges in the framework of the 2030 agenda*. Santiago: Eclac, 2018. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43406/7/S1800081_en.pdf. Acesso em: 12 fev. 2019.

VÍDEOS. *Unafisco Nacional*, [São Paulo, 2018?]. Disponível em: http://divulgacao.unafisconacional.org.br/seminario/index.php?option=com_content&view=article&id=181&Itemid=670. Acesso em: 14 fev. 2019.

VILLELA, Luiz Arruda; LEMGRUBER, Andrea; JORRATT, Michael. *Tax expenditures budgets: concepts and challenges for implementation*. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2010. (IDB Working Paper Series, n. 131). Disponível em: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/4302/Tax%20Expenditure%20Budgets.pdf?sequence=2>. Acesso em: 14 fev. 2019.

WATANABE, Marta. Sucessivos Refis tornam elisão fiscal vantajosa. *Valor Econômico*, São Paulo, 7 jun. 2017. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/4995306/sucessivos-refis-tornam-eliminacao-fiscal-vantajosa>. Acesso em: 14 fev. 2019.

Produção legislativa no presidencialismo de coalizão

Há espaço para mudanças?

CAROLINE SOMESOM TAUKE

Resumo: O artigo examina se há dominância do Executivo sobre o Legislativo na produção de leis, considerando os dados do Congresso Nacional. Busca-se demonstrar que a estrutura de decisão centralizada no primeiro afeta as relações institucionais com o segundo, determinando o padrão de diálogo e de controle entre esses dois Poderes. Conclui-se que o predomínio do Executivo na agenda legislativa não permite um adequado equilíbrio entre os Poderes e que essa característica é uma consequência do presidencialismo de coalizão.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Produção legislativa. Presidencialismo de coalizão.

Legislative production in the coalition presidentialism: is there room for changes?

Abstract: The article examines whether there is a predominance of the Executive over the Legislative branch in the production of laws, considering the data of the National Congress. We attempt to demonstrate that the decision structure centralized in the Executive affects the institutional relations with the Legislative, determining the standard of dialogue and control between the political branches. It concludes that the dominance of the Executive over the agenda does not allow an adequate balance between the Powers and that this characteristic is a consequence of the coalition presidentialism.

Keywords: Constitutional Law. Legislative Production. Coalition Presidentialism.

Recebido em 30/1/19

Aprovado em 26/2/19

Introdução

O modelo presidencialista brasileiro mistura elementos que poderiam gerar um caos institucional: chefe do Executivo dotado de poderes legislativos expressivos, multipartidarismo e sistema proporcional com lista aberta para eleições parlamentares. O modelo, no entanto, mostrou-se resistente e tem permitido a governabilidade, embora exija um arranjo institucional específico: o presidencialismo de coalizão.

Como resultado desse arranjo, o Executivo é induzido a governar e a relacionar-se com o Legislativo buscando a formação de coalizões; em razão disso, tende a ficar nas mãos do presidente da República o poder de definir a agenda legislativa, o que lhe confere posição institucional dominante e incentiva os parlamentares à cooperação. Nesse quadro, é mais fraca a estrutura institucional à disposição dos parlamentares para defender interesses particulares de seu eleitorado, pois os líderes partidários integrantes da coalizão indicam seus votos sobre as matérias e a maioria das bancadas os acompanha na votação em plenário.

Nesse contexto ocorre a produção legislativa do Congresso Nacional, tratado na primeira parte deste trabalho. Para analisar a produção, objeto da segunda parte, selecionamos estudos de dados de 1995 a 2017 sobre o índice de aprovação das proposições de iniciativa do Executivo e do Legislativo. Inicialmente, há um período de predominância do presidente da República na agenda legislativa, sobretudo em razão da edição de medidas provisórias e do requerimento de urgência na tramitação de projetos de lei. Nos últimos dez anos, identifica-se, em alguma medida, maior atuação das comissões permanentes e maior quantidade de leis originadas no Congresso.

Diante desses dados, considerando-se os aspectos do regime presidencialista brasileiro,

na terceira parte, questiona-se se estamos caminhando – e se há espaço – para a descentralização da agenda e para um protagonismo do Congresso na produção legislativa.

1 O presidencialismo de coalizão e as decisões centralizadas no Executivo

Antes de ingressar no debate sobre os dados da produção legislativa do Congresso, é preciso dar um passo atrás e conhecer a engenharia das relações entre o Executivo e o Legislativo no presidencialismo brasileiro.

O modelo presidencialista adotado com a democracia instaurada pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017]) foi marcado por um Poder Executivo forte, dotado de poderes para cumprir o processo de redemocratização. Como destacam Figueiredo e Limongi (2001), a CRFB consagrou duas tendências a princípio conflitantes: ao mesmo tempo em que devolveu ao Legislativo muitos dos poderes que ele tinha na experiência democrática anterior e que lhe haviam sido retirados durante o regime militar, deu continuidade à maioria dos poderes legislativos que aquele regime conferira ao Executivo.

Com efeito, a CRFB amplia os poderes legislativos do presidente da República, entre os quais se destacam: a iniciativa privativa de leis em diversas matérias, a iniciativa concorrente em temas ordinários, o poder de veto, a possibilidade de solicitar regime de urgência em seus projetos e de editar medidas provisórias¹. Como resultado, tais poderes permitem ao presidente definir a *agenda legislativa* – ou seja, determinar quais e quando as proposições serão apreciadas,

¹ Art. 61, *caput* e § 1º; art. 62; art. 64, § 1º; art. 66, § 1º da CRFB.

acelerando ou bloqueando a deliberação² – e colocam-no em posição estratégica para a aprovação de seus projetos. Dessa forma, desenha-se a preponderância do Executivo na produção legislativa.

Pouco antes da promulgação da CRFB, Abranches (1988) utilizou a expressão “presidencialismo de coalizão” para referir-se ao modo de funcionamento do sistema político brasileiro. O cientista político avaliou a experiência da Constituição de 1946 (BRASIL, [1965]), na qual ele identificou a formação de coalizões como característica institucional brasileira, apontando a mesma tendência na CRFB. O presidencialismo de coalizão é, pois, uma imposição constitucional, decorrente de um específico arranjo institucional em que convivem presidencialismo “imperial”, multipartidarismo e sistema proporcional com lista aberta para as eleições parlamentares³.

A justificativa é coerente. As democracias com pluralidade social, cultural e regional apresentam tendência ao multipartidarismo, a fim de não deixar os diversos segmentos sociais significativos sem representação adequada. Da mesma forma, o sistema proporcional ajusta-se melhor a essa diversidade, conferindo oportunidade de representação à maior parte dos segmentos da sociedade (ABRANCHES, 1988, p. 12-13). No entanto, a fragmentação partidária e o sistema eleitoral adotado produzem um cenário em que não se consegue garantir maioria para nenhuma agremiação partidária ou grupo de interesse.

Esse arranjo institucional induz o Poder Executivo a governar e a relacionar-se com o Poder Legislativo buscando a formação de coalizões. Em razão delas, fica nas mãos do presidente da República, dotado de expressivos poderes legislativos, o poder de definir a agenda das políticas públicas, induzindo os parlamentares à cooperação. Nesse quadro, é mais fraca a estrutura institucional à disposição dos parlamentares para defender interesses particulares de seu eleitorado, pois os líderes partidários integrantes da coalizão indicam seus votos sobre as matérias e a maioria das bancadas os acompanha na votação em plenário⁴.

A agenda que o Executivo submete ao Congresso Nacional não encontra obstáculos para sua aprovação (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2009, p. 77-78). Três argumentos principais embasam essa conclusão: (i) é do Executivo a maioria das iniciativas transformadas em lei (taxa de do-

² Arts. 62, § 6º e 64, § 2º da CRFB.

³ Segundo Abranches (1988, p. 21-22), “O Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, ‘presidencialismo de coalizão’”.

⁴ Tal afirmação não significa que não exista espaço para que o parlamentar defenda interesses de seu eleitorado, mas apenas que as oportunidades para essa atuação são muito menores. Nesse sentido, ver Figueiredo e Limongi (2001).

minância); (ii) as medidas apresentadas pelo Executivo são quase sempre aprovadas (taxas de aprovação); (iii) a aprovação das proposições apresentadas pelo Executivo decorre do apoio sistemático do Legislativo, construído em bases partidárias.

O Projeto Congresso em Números, da Fundação Getúlio Vargas (FGV) do Rio de Janeiro, desenvolveu um indicador de apoio da Câmara dos Deputados às orientações do governo, considerando a maneira como ela se comporta em relação às medidas de interesse dele (CERDEIRA; VASCONCELLOS; SGANZERLA; CUNHA; CARABETTA; SALLES; SCOVINO, 2018, p. 51-53). O indicador apontou que a Câmara apresenta percentuais elevados de votação, acolhendo a agenda e os interesses do governo. Desde 2000, exceto entre 2014 e 2016, o governo contou com o apoio dos parlamentares nunca abaixo de 60%, o que representa um alto percentual, já que é o mesmo quórum exigido para a aprovação das Propostas de Emendas Constitucionais. Segundo o Projeto, a provável explicação para o período de 2014 a 2016, em que o indicador apresenta inclinação negativa, até a faixa de 60%, relaciona-se à instabilidade política gerada pelo pedido de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, tendo o indicador voltado a apresentar inclinação positiva, na casa de 80%, com a posse de Michel Temer.

Uma observação é essencial nesse ponto. Como ressaltam Figueiredo e Limongi (2009), falar em agenda do Executivo não significa falar em uma agenda formada pelo presidente da República, que, em seguida, sairia em busca de apoio do Legislativo. Significa, em verdade, uma agenda da maioria, elaborada no interior da coalizão de governo e resultado da coordenação entre os dois Poderes, que trabalham em conjunto na criação e aprovação das políticas públicas. “A fusão de poderes que caracteriza

o presidencialismo brasileiro implica a fusão das agendas” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2009, p. 79-80), a qual deve abarcar os interesses eleitorais dos diferentes partidos que participam do governo e formam a coalizão. Por isso, embora sejam conferidos ao Executivo poderes de agenda, a aprovação desta somente ocorre quando há apoio da maioria parlamentar. Por sua vez, o presidente da República e sua base partidária detêm mecanismos para forçar que a matéria entre em pauta, independente da oposição da minoria, seja por meio de pedido de urgência, seja por meio de medida provisória. Assim se completa a dinâmica da predominância do Executivo na produção legislativa.

2 A produção legislativa do Congresso Nacional: o que dizem os números?

Os dados analisados a seguir fornecem um retrato da produção legislativa do Congresso Nacional, com base no qual pretendemos demonstrar o maior controle do presidente da República sobre a agenda legislativa e a lógica da cooperação dos parlamentares. Para justificar essa conclusão, daremos maior destaque ao órgão que deu origem à proposição e ao espaço conferido às comissões parlamentares na tramitação legal.

2.1 A origem da proposição: quem tem dominância?

Em pesquisa publicada em 2015 pelo Boletim do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Almeida (2015) estudou a evolução das contagens de leis federais não orçamentárias no período 1989-2014, por ano de promulgação e origem, bem como o percentual dessas leis que tiveram origem na Presidência

da República⁵, como medida provisória ou como projeto de lei – neste último caso, com ou sem urgência.

A pesquisa demonstrou que, do total de leis aprovadas pelo Congresso Nacional de 1989 a 2004, 60% originavam-se na Presidência da República. A partir de 2005, inicia-se uma queda gradual e, de 2008 em diante, o percentual fica em torno de 30%, acompanhado de um aumento da quantidade de leis de iniciativa parlamentar. Ao comparar as duas legislaturas posteriores ao fim do regime de exceção econômica que marcou a transição democrática, as quais abrangem os oito anos do período 1995-2002, com as legislaturas mais recentes de 2007-2014, a quantidade média anual de leis de origem presidencial diminuiu pouco, de 64,6% para 50,4%, ao passo que a de leis de origem parlamentar aumentou consideravelmente, de 38,4% para 80,9%.

A pesquisa identifica também a frequência com que a proposição originada na Presidência tramitou na Câmara dos Deputados como medida provisória ou projeto de lei – e, neste caso, se houve urgência constitucional ou regimental, adotada antes que tivessem sido aprovados os pareceres de mérito das comissões permanentes, bem como se a aprovação foi concluída nas comissões. Ao comparar os oito anos do período 1995-2002 com as legislaturas de 2007-2014, a quantidade média de leis que tramitaram como medida provisória permaneceu em aproximadamente 50%, ao passo que a média de projetos de leis aprovados com urgência diminuiu quase pela metade, de 28,7% para 13,8%, e a de projetos de lei aprovados conclusivamente nas comissões passou de 9,8% para 29,1%. A pesquisa indica ainda que houve aumento do percentual anual

de projetos de lei que seguiram o processo legislativo ordinário, englobando os projetos de lei para os quais não foi adotada urgência antes que as comissões tivessem aprovado os pareceres de mérito. Entre 1995-2002, a média anual do percentual de leis presidenciais que seguiram o processo legislativo ordinário chegava a 19,4%, ao passo que, nas legislaturas que se estenderam de 2007 a 2014, a média anual subiu para 36,5%.

Um outro estudo sobre parte do período acima foi feito por Gomes (2012, p. 931), que analisou a tramitação de 21.447 proposições com capacidade para alterar leis ou a Constituição, apresentadas na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e no Congresso Nacional entre 1999 e 2006. Os dados encontrados reforçam a predominância da iniciativa do Executivo na produção legal, embora em proporção mais baixa: 76,9% das 1.699 leis produzidas na via ordinária e 76,1% das 1.745 normas produzidas em todas as vias (constitucional, ordinária, complementar, consideradas em seu conjunto).

O já citado Projeto Congresso em Números, que fornece dados sobre a atividade legislativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal desde 1988 até 2017, concluiu que, durante todo o período analisado, não há relação direta entre o volume de proposições apresentadas e sua aprovação; ao contrário, as proposições com maior percentual de aprovação originam-se de prerrogativa exclusiva, caso de medidas provisórias, que são as proposições com menor volume entre as apresentadas (CERDEIRA; VASCONCELLOS; SGANZERLA; CUNHA; CARABETTA; SALLES; SCOVINO, 2018, p. 27-30)⁶. Os projetos de lei representam a maior

⁵ Como ressalta o autor, as 2.220 leis orçamentárias do período, de iniciativa exclusiva do Executivo, foram omitidas em razão de serem predominantemente consensuais e sua exclusão não altera as conclusões da pesquisa. Ainda, no caso de lei iniciada por medida provisória, foi considerado o ano da edição, e não o ano da promulgação.

⁶ O estudo indica também que os projetos de decreto legislativo, de autoria exclusiva do Congresso, têm uma quantidade de apresentações bem superior às medidas provisórias e também têm alto percentual de aprovação (83%). No entanto, a maioria tratava da permissão de exploração de radiodifusão (76,5%) e não constitui dado essencial para nosso estudo.

quantidade de apresentações desde 1988 (56,8 mil no total), mas o percentual de sua aprovação é de apenas 4,63%. Em contrapartida, 79% das medidas provisórias – que perfazem um total de 816 proposições a partir de 1988 e, desde 1995, têm sido sistematicamente utilizadas pela Presidência – convertem-se em lei. Entre 2002 e 2007, foi editada uma média de 65 medidas provisórias ao ano, reduzindo para uma média anual de 37 durante 2008 a 2015, e subindo novamente para uma média de 53 edições ao ano em 2016 e 2017.

As estatísticas estudadas permitem dividir, para melhor análise, o processo decisório nacional em dois momentos. No período anterior a 2007, o que se verifica é uma prevalência do Poder Executivo na aprovação de suas proposições. No período de 2007-2014, houve uma redução, ainda que pouca, da quantidade de leis aprovadas decorrentes de iniciativa presidencial e um aumento das do Legislativo, abrindo espaço para uma pequena descentralização da produção legislativa. Favoreceu a descentralização a diminuição no uso de medidas provisórias e de projetos de lei em que se invocou urgência, cujas proposições eram levadas diretamente ao plenário. Note-se, no entanto, que nos anos de 2016 e 2017 a média de medidas provisórias voltou a subir.

2.2 O desempenho das comissões parlamentares: descentralização do processo decisório?

Deste ponto partimos para os dados referentes ao espaço conferido às comissões parlamentares na tramitação legal. Com a redução de projetos de lei em que se invocou urgência, abriu-se maior espaço para que as comissões técnicas do Congresso desempenhassem a sua função de discutir e votar proposições, nos termos do art. 58 da CRFB. O estudo publicado pelo Boletim do Ipea indicou um aumento da média anual do percentual de leis de iniciativa do Legislativo que foram aprovadas conclusivamente nas comissões permanentes: entre 1995 e 2002, a média foi de 52,9%, contra 83,8% entre 2007 e 2014.

Merece destaque ainda o crescente aumento na quantidade anual de requerimentos para realização de audiências públicas nas comissões da Câmara dos Deputados: comparando os biênios 2001-2002 e 2013-2014, a média anual passou de 538 para 1.240 (aumento de 131%), conforme dados do mesmo estudo. Considerável aumento foi observado também na produção total da consultoria legislativa – incluindo assessoramentos, pareceres, estudos e redações de discursos e proposições legislativas –, que cresceu 91% entre as legislaturas de 1991-1995 e de 2003-2007, mantendo-se praticamente estável desde então, com cerca de 20 mil trabalhos por ano, em média.

O estudo de Gomes (2012), referente às proposições legislativas apresentadas entre 1999 e 2006, destaca o esforço de modificação de seu conteúdo. Os projetos convertidos em lei foram aprovados conclusivamente pelas comissões, sem passar pelo plenário, em 58,3% dos casos, e definidos pelo plenário em 39,1%. Quanto aos temas dos projetos, a apreciação conclusiva pelas comissões foi maior na área de homenagens ou datas simbólicas (91,0%), social (53,6%), econômica (50,8%) e político-institucional (44,4%), ao passo que o plenário teve maior desempenho na produção legal na área administrativa (63,9%).

Os dados permitem concluir que a menor participação das comissões e de seus membros na produção legal decorre da centralização do processo decisório nas mãos do Executivo, sendo observado um aumento nas atividades das comissões no período em que foi menor a iniciativa presidencial, sobretudo o uso do requerimento de urgência.

Para concluir o retrato desenhado pelas pesquisas, é importante verificar se o aumento da iniciativa parlamentar na produção legal foi acompanhado de uma maior relevância quanto ao conteúdo de suas leis. Com efeito, se entre 1995-2002 a média anual de leis que conferem direitos e deveres à sociedade como um todo era de 21,4, entre 2007-2014 a média aumentou para 32,4 por ano, o que corresponde a um aumento de 51,5%. No entanto, o número de leis que instituem homenagens e datas simbólicas continua ocupando enorme espaço da pauta legislativa: no primeiro período estudado, entre 1995 e 2002, a produção legislativa de iniciativa parlamentar que trata desses temas tinha a média de 6,3 propostas por ano, ao passo que no período entre 2007 a 2014, a média anual aumentou para 38,1, o que equivale dizer que quase a metade (47%) da produção parlamentar no último período tratava de questões

secundárias (ALMEIDA, 2015, p. 48-49). Note-se que a partir de 2007, embora o aumento na produção legal de origem parlamentar inclua leis relevantes para o País, identificam-se principalmente leis de natureza simbólica, razão pela qual há espaço para discutir se, entre as leis realmente relevantes, a iniciativa do Executivo não continua sendo preponderante.

3 A predominância do Executivo na produção legislativa: uma decorrência do presidencialismo brasileiro

O controle centralizado da agenda pelo Executivo, demonstrado no período anterior a 2007, confirma as bases institucionais sob as quais se desenvolve o presidencialismo no Brasil, analisado no tópico inicial deste trabalho, e deixa clara a predominância do Executivo na produção legislativa. Interessa-nos destacar três aspectos principais extraídos das estatísticas no período: (i) o comportamento dos parlamentares em face da agenda do governo; (ii) o poder do parlamentar para influenciar, de forma direta e individual, as políticas públicas; (iii) a atuação das comissões.

Vamos ao primeiro. O sistema partidário brasileiro, marcado pelo multipartidarismo, em certa medida constitui uma limitação ao poder presidencial (MAINWARING, 1997). Como vimos, esse sistema é uma das razões que exige que o presidente da República recorra à formação de coalizões para criar condições de governabilidade: os resultados apresentados indicam êxito na formação das coalizões, bem como a colaboração do Legislativo na aprovação da agenda.

Analisando as relações Executivo-Legislativo e o papel dos partidos na organização dos trabalhos das legislaturas, Morgenstern (2002, p. 413-415) faz uma comparação do Congresso

dos Estados Unidos com as Casas Legislativas latino-americanas da Argentina, do Brasil, do Chile e do México, e classifica o Legislativo dos EUA como “proativo”, pois inicia e aprova suas próprias proposições, e “reativo”, pois emenda e veta proposições originadas do Executivo, ao passo que enquadra os Legislativos latino-americanos como “reativos”, já que lhes faltam os meios para moldar suas próprias proposições, diante do arranjo institucional em que estão inseridos. No entanto, isso não significa que o Legislativo latino-americano seja fraco ou tenha modesto poder de decisão política. Dentro da categoria dos “reativos”, as Casas Legislativas podem variar entre “subservientes” a “recalcitrantes” e, no caso do Brasil, Morgenstern (2002) classifica o Congresso Nacional como recalcitrante, concluindo que as Casas Legislativas brasileiras claramente se afirmam na produção legislativa, assim como a modelam, o que não necessariamente exige a postura proativa adotada pelo Congresso dos EUA.

Analisemos o segundo aspecto. O presidente da República foi o autor da grande maioria das leis promulgadas no período, sobretudo utilizando-se de medidas provisórias e de requerimentos de urgência. A centralização do processo legislativo na figura do chefe do Executivo dificulta e limita o poder do parlamentar para influenciar, de forma direta e individual, as políticas públicas.

Nesse cenário, o parlamentar, por meio de suas proposições individuais, tem baixíssima capacidade de influenciar os trabalhos legislativos, por alguns motivos principais (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001, p. 53-55): (i) o Judiciário e o Executivo apresentam propostas como uma instância institucional, ao passo que as propostas de leis de iniciativa individual de parlamentares decorrem de processo de decisão descentralizado; (ii) a seleção é feita de forma coletiva e, dada a grande quantidade de propostas, a seleção

interna aumenta muito o tempo de apreciação das propostas do Legislativo; (iii) o colégio de líderes utiliza suas prerrogativas regimentais para estruturar a pauta e, por meio do pedido de urgência, trabalha para que a agenda proposta pelo Executivo tenha tramitação mais rápida e seja aprovada no prazo requerido, ao passo que as proposições do Legislativo seguem a via das comissões.

Por fim, o terceiro aspecto conecta-se ao anterior. Os pedidos de urgência, pelo presidente da República ou pelos líderes partidários, impactam de forma direta o poder decisório das comissões e a sua possibilidade de apresentar emendas, pois retiram a matéria de sua apreciação e a transferem para o plenário, onde os parlamentares votarão sobre proposições que os líderes já discutiram e acordaram. Essa dinâmica enfraquece as comissões, locais onde os parlamentares poderiam ter participação mais ativa.

Mas o que dizer do segundo período analisado, de 2007 a 2014, em que a iniciativa legislativa do presidente da República diminuiu? Isso poderia gerar uma situação de ingovernabilidade no presidencialismo? Estamos caminhando para uma mudança no desenho institucional brasileiro?

Não há respostas prontas para esses questionamentos. O que se pode constatar, por meio dos dados estatísticos, é que a agenda legislativa ficou um pouco mais descentralizada no período. Esse fato pode ser interpretado de duas formas. Poder-se-ia interpretar os resultados concluindo que houve um fortalecimento das comissões e uma participação mais ativa dos parlamentares nos trabalhos legislativos, a indicar que está em consolidação um novo padrão legislativo, com o predomínio do Congresso na produção de leis.

É esta a conclusão de Almeida (2016). Para o autor do estudo publicado no Boletim do Ipea,

os dados mais recentes sugerem um maior protagonismo legislativo do Congresso e de suas comissões permanentes e refletem uma “mudança institucional”, marcada pela aproximação do modelo de organização legislativa que descentraliza o poder de agenda da liderança governista para as comissões permanentes (ALMEIDA, 2016, p. 11-21). Segundo o autor, tal mudança poderia ser resultado, também, de alterações na composição das coalizões de governo, as quais passaram a abarcar preferências políticas mais heterogêneas: no período até 2002, havia um aumento da diferenciação entre maioria governista e minoria opositora, com coalizões de centro-direita ou de direita, marcadas pela disciplina e pela capacidade de controlar a agenda, ao passo que essa diferenciação teria diminuído no período após 2003, em que as coalizões passaram a incluir partidos com diferentes ideologias.

No entanto, ainda que se reconheça alguma descentralização do poder de agenda para as comissões, é questionável falar-se em consolidação de um novo padrão legislativo, com o Congresso assumindo o protagonismo. É esta a segunda forma de interpretar os dados, com a qual concordamos (não obstante o respeito ao entendimento anterior), por duas razões principais.

Primeiro, ainda é preciso investigar, por meio de novos estudos, que conjunto de fatores contribuiu para a mudança no padrão legislativo no período mais recente e como eles operam, sobretudo em relação à formação das coalizões. As coalizões mais heterogêneas, apontadas como uma das causas que reduziu a dominância do Executivo no Parlamento no período, foram uma característica dos governos após 2003. De fato, “quanto maior for a coalizão, quanto mais diversa ideologicamente ela é e quanto menos poder é compartilhado, mais dificuldade de gerir a coalizão o Presidente vai ter”, conforme pontua Pereira (DOUTOR..., 2014)⁷. Para o autor, o Partido dos Trabalhadores (PT), que esteve na Presidência da República entre 2003 e 2016, construiu coalizões pós-eleitorais com muitos partidos de diferentes ideologias, mas, ao mesmo tempo, concentrou poder em si mesmo, daí a dificuldade de gerir a coalizão.

Com o início de cada nova administração no Executivo, novas relações surgirão entre o presidente da República e o Congresso. É preciso aguardar os resultados práticos das coalizões que são formadas para que se verifique se haverá atritos ou cooperação dos parlamentares na

⁷ Trecho extraído de entrevista sobre seu livro *Making Brazil Work. Checking the President in a Multiparty System* publicada no *Jornal Opção* em 10/5/2014 (DOUTOR..., 2014). Para uma abordagem sobre as coalizões formadas sob as presidências de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) e de Dilma Rousseff (2011-2016), a nomeação dos membros do PT para a composição de ministérios, em contraste com os assentos ocupados pelo partido no Congresso, e as dificuldades encontradas para conseguir apoio parlamentar, sugerimos a leitura de Melo e Pereira (2013).

aprovação das proposições que são de interesse do governo. Portanto, não se pode assegurar que o Congresso manterá uma atuação mais ativa na produção legal.

Com efeito, o presidencialismo brasileiro tem convivido com o multipartidarismo e permitido uma democracia com estabilidade (MELO; PEREIRA, 2012, p. 157), mas é questionável até quando esse desenho institucional vai durar. A habilidade do presidente para formar coalizões num cenário de multipartidarismo influencia nos níveis de aprovação das proposições de interesse do governo e na criação de condições de governabilidade. Dificuldades na formação das coalizões implicam menor cooperação do Legislativo e, conseqüentemente, criam dificuldades nas votações das suas proposições, assim como diminuem a atuação do colégio de líderes.

Segundo, diante do presidencialismo de coalizão que rege o governo pelo menos desde a CRFB, é difícil vislumbrar que o Congresso terá meios para que sua atuação um pouco mais proativa aumente nos próximos anos e avance o necessário para retirar do Executivo o controle da agenda, já que o arranjo institucional permite que este encontre caminhos para obter êxito em suas proposições e não promover um diálogo institucional efetivo.

No cenário atual, o chefe do Executivo precisa, necessariamente, valer-se de técnicas informais para manter a governabilidade, criando um ambiente institucional que dificulta que o Congresso exerça protagonismo na produção legislativa. Por isso, não se pode assegurar que o padrão observado no período mais recente estudado vá se repetir nos próximos anos.

Um estudo da Universidade de Oxford ajuda a entender o ponto. Por meio de informações fornecidas por parlamentares de alguns países, incluindo o Brasil, o estudo publicado em 2015 trata das técnicas utilizadas por presidentes nos sistemas de presidencialismo de coalizão para obter a governabilidade no Legislativo (CHAISTY; CHEESEMAN; POWER, 2015, p. 9). Entre elas, destacam-se: a escolha dos ministros, o poder sobre as leis orçamentárias, o controle sobre os partidos da base de governo, o poder de agenda legislativa e a troca de favores. Os parlamentares brasileiros que participaram do estudo acreditam que, embora essas técnicas estimulem a estabilidade política (78%), produzem como efeitos negativos o apoio oportunista ao Executivo (98%), prejuízo à capacidade de o Legislativo responsabilizar o presidente (92%), promoção de uma política de troca de favores (92%) e favorecimento para que o Legislativo transfira a formulação de políticas públicas para o presidente (94%).

O resultado obtido reforça a conclusão de parcela da literatura (BARROSO, [200-]; TAVARES, 2017) acerca dos efeitos negativos do

presidencialismo de coalizão na realidade política brasileira, o que impacta diretamente o desempenho dos parlamentares na produção legislativa. O êxito do presidente da República na aprovação de suas proposições legais decorre da utilização das técnicas mencionadas: com elas são favorecidas as relações políticas obscuras e o “Executivo subjuga o Legislativo”⁸, evidenciando os problemas estruturais do presidencialismo no País.

Conclusões

Os poderes previstos na CRFB e o quadro institucional em que se desenvolve a atividade legislativa conferem ao presidente da República o controle da agenda. A aprovação de suas proposições está ancorada no apoio sistemático do Legislativo, construído em bases partidárias, daí por que o regime político brasileiro é um presidencialismo de coalizão.

O predomínio do Executivo na produção legal no primeiro período analisado, anterior a 2003, demonstra que ele utilizou recursos que induziram os parlamentares a se juntar ao governo, apoiando a sua agenda. A menor participação das comissões e de seus membros na produção legal decorre da centralização do processo decisório nas mãos do Executivo.

Os dados estatísticos de 2007 a 2014 demonstram que a agenda legislativa ficou um pouco mais descentralizada. Foi observado um aumento nas atividades das comissões no período em que a iniciativa presidencial foi menor. No entanto, embora nas legislaturas mais recentes a participação do Legislativo na produção legal tenha sido estatisticamente maior, não se pode concluir que tenha havido adequado equilíbrio entre as funções dos Poderes Executivo e Legislativo, nem que tenha sido passado a este o controle da agenda legislativa.

O regime presidencialista adotado no Brasil, por meio de técnicas utilizadas pelo presidente da República para garantir a governabilidade, encontra mecanismos para a predominância do Executivo na produção legal. O presidente precisa, necessariamente, valer-se de técnicas informais para manter a estabilidade política, criando um ambiente institucional que dificulta que o Congresso exerça protagonismo na elaboração de leis. Em razão dos problemas estruturais do presidencialismo no País, não existe adequado equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo na participação no processo decisório nacional, nem se criam condições para o diálogo institucional formal.

⁸ A expressão é de Tavares (2017, p. 74). O autor defende a implantação do semipresidencialismo no Brasil, que, segundo ele, seria capaz de “contribuir para a estabilidade governamental e melhorar o padrão de diálogo e de controle entre o Executivo e o Congresso” (TAVARES, 2017, p. 75).

Sobre a autora

Caroline Somesom Tauk é mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; *visiting scholar* na Columbia Law School, Nova Iorque, NY, EUA; juíza federal no Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: carolinetauk@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

TAUK, Caroline Somesom. Produção legislativa no presidencialismo de coalizão: há espaço para mudanças? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 201-213, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p201

(APA)

Tauk, C. S. (2019). Produção legislativa no presidencialismo de coalizão: há espaço para mudanças? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 201-213. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p201

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod_resource/content/1/AbranchesSergio%281988%29_PresidencialismodeCoalizao.pdf. Acesso em: 1º mar. 2019.

ALMEIDA, Acir. A política da mudança institucional: processo legislativo no Brasil pós-1988. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 40., 2016, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: [s. n.], 2016. p. 1-29. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro/st-10/st19-7/10307-a-politica-da-mudanca-institucional-processo-legislativo-no-brasil-pos-1988/file>. Acesso em: 1º mar. 2019.

_____. Processo legislativo: mudanças recentes e desafios. *Boletim de Análise Político-Institucional*, [Brasília, DF], n. 7, p. 45-50, jan./jun. 2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6788/1/BAPI_n7_processo.pdf. Acesso em: 1º mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais, [200-]. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4406668/mod_resource/content/1/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20Governo%2C%20eleitoral%20e%20partidario.pdf. Acesso em: 1º mar. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

_____. [Constituição (1946)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 1º mar. 2019.

CERDEIRA, Pablo; VASCONCELLOS, Fábio; SGANZERLA, Rogerio; CUNHA, Brenda; CARABETTA, João; SALLES, Alifer; SCOVINO, Fernanda (org.). *Congresso em números: a produção legislativa do Brasil de 1988 a 2017*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24019/Congresso%20em%20n%C3%BAmoros%202017%20-%20a%20produ%C3%A7%C3%A3o%20legislativa%20do%20Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1º mar. 2019.

CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic; POWER, Timothy. *The coalitional presidentialism project*. Oxford, UK: Department of Politics & International Relations, 2015. Disponível em: <https://www.politics.ox.ac.uk/materials/publications/15239/ccp-research-report.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2019.

DOUTOR em ciência política duvida de chance da terceira via no Brasil. *Jornal Opção*, [s. l.], ed. 2.027, 10 maio 2014. Disponível em: <https://www.jornalopcao.com.br/editorial/doutor-em-ciencia-politica-duvida-de-chance-da-terceira-via-brasil-3851/>. Acesso em: 1º mar. 2019.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibubi; LIMONGI, Fernando. Mudança constitucional, desempenho do Legislativo e consolidação institucional. In: _____. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001. p. 41-72.

_____. Poder de agenda e políticas substantivas. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (org.). *Legislativo brasileiro em perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2009. p. 77-104.

GOMES, Fábio de Barros Correia. Cooperação, liderança e impasse entre o Legislativo e o Executivo na produção legislativa do Congresso Nacional do Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 4, p. 911-950, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v55n4/v55n4a03.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2019.

MAINWARING, Scott. Multipartyism, robust federalism and presidentialism in Brazil. In: MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew Soberg (ed.). *Presidentialism and democracy in Latin America*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997. p. 55-109.

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. *Making Brazil work: checking the president in a multiparty system*. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

_____. The surprising success of multiparty presidentialism. *Journal of Democracy*, [Washington, DC], v. 23, n. 3, p. 156-170, July 2012. DOI: 10.1353/jod.2012.0041.

MOISÉS, José Álvaro. O desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995-2006). In: _____. (org.). *O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011. p. 7-29. Disponível em: http://www.nupps.usp.br/downloads/livros/o_papel_do_congresso_ebook_verso_final_2.pdf. Acesso em: 7 mar. 2019.

MORGENSTERN, Scott. Explaining legislative politics in Latin America. In: MORGENSTERN, Scott; NACIF, Benito (ed.). *Legislative politics in Latin America*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2002. p. 413-445.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil: por que não? *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 54, n. 215, p. 59-78, jul./set. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p59.pdf. Acesso em: 1º mar. 2019.

Transparência máxima

As restrições ao direito de acesso a informações no Brasil, Chile e México

ÉRICA BEZERRA QUEIROZ RIBEIRO
BRUNO AMARAL MACHADO

Resumo: A ideia de transparência do Estado opera sob a lógica de que, quanto mais aberto ao controle e à participação social, maior será sua capacidade de alcançar resultados e de inibir a corrupção e a ineficiência. O direito de acesso a informações, como instrumento para promoção da transparência, orienta-se pelo princípio da máxima divulgação, considerando a publicidade como regra e o sigilo como exceção. O artigo adota os parâmetros estabelecidos pelo *Global Right to Information Index* para avaliar se as hipóteses de restrição do acesso previstas pela legislação brasileira observam esse princípio, comparando-a com as leis mexicana e chilena. A norma brasileira apresenta fragilidades devido à vagueza e à amplitude de determinadas hipóteses de sigilo, à discricionariedade para fixar o prazo de classificação de informações, à possibilidade de caracterização de desarrazoabilidade do pedido para negativa de acesso e à inexistência de obrigação de teste de dano.

Palavras-chave: Acesso a informações públicas. Princípio da máxima transparência. Restrição do acesso a informações.

Maximum transparency: restrictions on the right to access information in Brazil, Chile and Mexico

Abstract: The idea of state transparency operates under the logic that the more open to social control and participation, the greater will be its ability to achieve its results and to inhibit corruption and inefficiency. The right of access to information, as an instrument to promote transparency, is guided by the principle of maximum disclosure, considering publicity as a rule and secrecy as an exception. The article adopts the parameters established by the *Global Right to Information Index* to evaluate if the hypotheses of restriction of access provided by Brazilian legislation observe this principle and to compare it with Mexican and Chilean laws. The Brazilian law

Recebido em 26/11/18
Aprovado em 27/3/19

presents weaknesses due to the vagueness and the extent of certain confidentiality hypotheses, the discretion to fix the term of information classification, the possibility of characterizing the unreasonability of the request for denial of access and the non-existence of a harm test.

Keywords: Access to public information. Principle of maximum transparency. Restrictions to information access.

1 Introdução

O surgimento de Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) – em especial dos navegadores para acesso à internet – elevaram a pressão sobre os governos de todo o mundo por maior interação com a sociedade, dando origem ao movimento pela “ciberdemocracia” (GIL-GARCÍA; PARDO, 2005; LEITNER, 2003; LÉVY, 2003; UNITED NATIONS, 2003).

Essa abertura pressupõe a disponibilidade dos dados e informações produzidos ou acumulados pelos órgãos e entidades do Estado, por meio de procedimentos simples e em prazos razoáveis, reunidos no conceito de direito de acesso a informações públicas. A ideia de transparência do Estado opera sob a lógica de que, quanto mais aberto ao controle e à participação social, maior será sua capacidade de alcançar resultados e de inibir a corrupção e a ineficiência (CORRÊA, 2017). O direito de acesso a informações, como “forma de minimizar a prática de atos obscuros, invisíveis, ilegais ou amorais”, funcionaria como “contrapeso para a delegação de poderes aos governantes” (PAES, 2012a, p. 247).

Trata-se de uma “ecologia da transparência”, entendida como “uma infraestrutura de

instituições e práticas que, juntas, geram importantes benefícios públicos” (KREIMER, 2018, p. 137). Essa ecologia abrange servidores públicos federais, instituições de vigilância interna (*watchdogs*), liberdade para publicar e compartilhar informações e uma sociedade civil resiliente e perspicaz, cada qual desempenhando funções e papéis que se reforçam mutuamente. Tal ambiente reforçaria o entendimento de que o direito de acesso a informações a) é necessário para prevenir e controlar abusos e responsabilizar agentes, pois garante o acesso a informações para controle social; b) impulsiona e empodera agentes públicos no exercício de suas funções, na medida em que também lhes garante o acesso a informações; e c) garante que toda e qualquer pessoa detenha poder para impedir desvios e garantir que o interesse público seja observado (KREIMER, 2018).

Como processo impulsionado pelo usuário para promover a transparência, o direito de acesso a informações é considerado um marco na própria relação do cidadão com o Estado (POZEN; SCHUDSON, 2018). Sua influência se estende, inclusive, ao modo como o Estado regula atividades produtivas, valendo-se da transparência de dados relacionados à qualidade do ar e da água, por exemplo, para influenciar escolhas de consumo (POZEN, 2018).

O direito de acesso a informações, como instrumento para promoção da transparência, orienta-se pelo princípio da máxima divulgação, isto é, pela lógica da publicidade como regra e do sigilo como exceção. Assim, cabe ao Estado justificar eventual negativa de acesso a informações, e não ao solicitante comprovar que não incide hipótese para restrição do acesso (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011; MENDEL, 2009; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2014). Do mesmo modo, o princípio da má-

xima divulgação impõe ao Estado o ônus de estabelecer hipóteses de restrição de acesso que não inviabilizem o alcance das finalidades da transparência.

Os principais acordos internacionais aplicáveis ao tema, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) (BRASIL, 1992a), estabeleceram, como limites ao exercício desse direito, a necessidade de “a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; e b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017]) permite restringir o acesso a informações quando o sigilo for imprescindível para a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII), adotando, portanto, raciocínio análogo.

O direito de acesso a informações foi regulamentado pelo Brasil por meio da Lei nº 12.527 – Lei de Acesso à Informação (LAI) (BRASIL, 2011b), em vigor desde 12 de maio de 2012. Proposta pelo Poder Executivo federal, determinou aos três Poderes e às esferas de governo que constituíssem estruturas para recebimento e tratamento de pedidos de acesso a informações (transparência passiva), bem como que disponibilizassem dados e informações de interesse coletivo ou geral na internet e em locais de acesso público (transparência ativa). No âmbito do Poder Executivo federal, a LAI foi regulamentada pelo Decreto nº 7.724/2012 (BRASIL, [2019]).

A LAI também listou um conjunto de informações produzidas ou custodiadas pelo Estado que estaria, temporariamente, inacessível ao conhecimento geral, porque consideradas sigilosas. Esse conjunto compreende informações classificadas nos níveis reservado, secreto ou ultrasecreto; protegidas por sigilos legais específicos; eminentemente privadas ou íntimas; ou inacessíveis por circunstâncias fáticas. O modo como são registradas na LAI e aplicadas

no dia a dia é objeto de frequentes críticas da sociedade civil, que alega restrições indevidas e ilegais (ARTICLE 19, 2017; BANISAR, 2006; BARCELLOS, 2015; MICHENER, 2015).

O presente artigo pretende fornecer resposta à seguinte indagação: as hipóteses de restrição do acesso a informações, conforme previstas na LAI e no Decreto nº 7.724/2012, observam o princípio da máxima divulgação? Adota-se como referência da análise o *Global Right to Information Index*, o mais completo e atualizado índice das leis de acesso em vigor, considerando sua aderência aos padrões estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) (NAÇÕES UNIDAS, c2011), por pactos e declarações posteriores, e a ampla participação da sociedade civil no processo de avaliação comparada. Com base na análise comparada das normas brasileiras com aquelas em vigor no México e no Chile, países considerados referência no tema, identificam-se parâmetros que densificam o princípio da máxima divulgação (como os testes de dano e de interesse público) e que fundamentam o direito de acesso em regras e princípios jurídicos mais ou menos semelhantes, os quais tendem a se repetir nas leis mais recentes, como é o caso da LAI.

O estudo parte da hipótese de que, na norma brasileira, existem dispositivos que conferem ao Estado demasiada amplitude interpretativa, que não guardaria equilíbrio com a aplicação do princípio da máxima divulgação. Desse modo, pretende-se evidenciar aspectos da norma brasileira que careceriam de ajuste legislativo ou de aplicação excepcional. Essa perspectiva comparada busca contribuir para a reflexão acadêmica sobre o tema e oferece condições para se avaliarem iniciativas em curso para alteração do texto da LAI.

O trabalho discute as principais hipóteses de restrição do acesso na legislação brasileira, com base na posição do País no *ranking*, em

comparação com o México e o Chile. Os dados obtidos do *Global Right to Information Index* foram correlacionados e representados em tabelas analíticas, de modo a revelar características do direito de acesso a informações no Brasil e nesses dois países, à luz da literatura nacional e internacional sobre o tema.

2 O princípio da máxima divulgação como baliza das hipóteses para restrição do acesso a informações

O exercício do direito fundamental de acesso a informações funda-se no pressuposto de que a publicidade é a regra, e o sigilo, a exceção. Esse pressuposto, denominado princípio da máxima divulgação, é explícito em todos os mais importantes pactos e declarações que registram esse direito, os quais apontam, em linhas gerais, hipóteses para sua restrição.

É frequente remontar ao art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) para fixar a origem desse direito, por meio do qual se garantiu a faculdade de “procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão” (BRASIL, c2011). O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) (BRASIL, 1992a) tornou explícitos, também no art. 19, os componentes fundamentais desse direito humano, estabelecendo, como critérios para sua eventual restrição, a necessidade de: “a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; e b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”. Nos mesmos termos, o Pacto de São José da Costa Rica (1969) (BRASIL, 1992b) reforçou os elementos trazidos pelo Pacto anterior.

A restrição de acesso a informações públicas, portanto, é circunstância excepcional que deve ser devidamente justificada. A presunção de que

“todas as informações mantidas por órgãos públicos devem ficar sujeitas à revelação, a menos que haja uma justificativa contrária em nome do interesse público favorável à não divulgação” (MENDEL, 2009, p. 10), é verdadeira alteração da lógica de gestão de dados e informações pelo Estado, ao qual é vedado até mesmo indagar acerca dos motivos do pedido de acesso a informações. Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011, p. 4), essa regra imporá ao Estado também o ônus de, “diante de uma dúvida ou de uma lacuna legal, [pressupor que] deve prevalecer o direito de acesso à informação”.

Ao dispor sobre esse direito, a CRFB (BRASIL, [2017]) adotou esse mesmo entendimento, estabelecendo uma condição para restrição do acesso a informações:

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A despeito da existência de leis esparsas sobre transparência de gastos públicos, proteção de informações sigilosas e acesso a documentos, essa normatização incerta não contribuía para a efetiva aplicação do direito de acesso a informações, na medida em que os agentes públicos não detinham parâmetros para decidir entre os deveres de informar e de preservar a informação pública (PAES, 2012b, p. 242).

Só recentemente, o direito de acesso a informações foi objeto de lei em nosso País. O Brasil foi o 91º país a regulamentá-lo, após Chile, México, Peru e Uruguai (VLEUGELS, 2012). Por meio da LAI, estabeleceu procedimentos para o exercício do direito fundamental de acessar,

consultar e obter informações produzidas, acumuladas ou custodiadas pelo Estado, de interesse público ou particular, mediante solicitação (transparência passiva) ou consulta a repositórios físicos ou *on-line* (transparência ativa).

A LAI estabeleceu, além das hipóteses para classificação de informação, restrições de acesso por sigilo estabelecido em lei, bem como por circunstâncias fáticas, como o caráter preparatório da informação solicitada. Algumas das restrições se fundam na necessidade de proteção de outros direitos fundamentais, como o direito de propriedade e privacidade.

3 Hipóteses para restrição ao direito de acesso a informações no Brasil

A LAI estabeleceu um conjunto de hipóteses para restrição do acesso a informações que podem ser organizadas do seguinte modo:

a) Informações classificadas: são aquelas consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, cuja divulgação ou acesso irrestrito possa, nos termos do art. 23 da LAI,

I – pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II – prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III – pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV – oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V – prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;

VI – prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII – pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII – comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações (BRASIL, 2011b).

Nessas situações, é possível restringir, por até 50 anos, o acesso a determinados dados e informações, mediante procedimento solene, materializado em um documento denominado Termo de Classificação de Informações (TCI). Pode-se solicitar a desclassificação ou a reclassificação dos dados

e informações, observando-se procedimentos específicos.

b) Sigilos legais: informações protegidas por sigilo bancário, fiscal, profissional, empresarial ou industrial, por exemplo, bem como pelo segredo de justiça não poderão ser fornecidas, regra geral, considerando-se o disposto no art. 22 da LAI.

c) Informações pessoais: sujeitam-se a restrição de acesso, pelo prazo máximo de 100 anos, as informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas naturais.

O direito à privacidade estaria associado a uma espécie de “direito de controle sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser constituída” (SCHREIBER, 2014, p. 139). Esse novo conceito representa uma reação à ideia de “paradigma do segredo”, que dificulta a avaliação de possíveis riscos à privacidade em casos concretos. Tal conceito estabelece uma equivalência entre os termos “privacidade” e “segredo”, afastando-a caso a informação já esteja disponível ou tenha sido revelada a outros (SOLOVE, 2008, p. 31). Como hipótese de restrição do acesso, limita-se às informações mais sensíveis, como origem racial, saúde física e mental, ideologias políticas e opiniões filosóficas, por exemplo, comportando temperamentos no que toca à privacidade de agentes públicos no exercício de suas atribuições (MONTEIRO, 2007) e ao conhecimento de fatos históricos de maior relevância, como aqueles referentes à ditadura brasileira (CARVALHO, 2014).

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) (BRASIL, [2018]), em 14 de fevereiro de 2020, um conjunto de restrições e condições se somará àquelas inseridas na LAI, cujo cumprimento, em nível federal, será monitorado por uma nova autarquia (DONEDA, 2006).

d) Sigilos circunstanciais: em determinadas circunstâncias, é possível restringir, temporariamente, o acesso a informações. É o caso das

informações referentes a atos administrativos ainda não concluídos, quando o acesso prévio puder representar prejuízo considerável para a decisão a ser adotada, conforme disposto no § 3º do art. 7º da LAI. Obviamente, o acesso é garantido após a edição do ato.

Quaisquer dessas hipóteses de restrição de acesso, todavia, podem ser afastadas para tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, nos termos do art. 21 da LAI, bem como para conhecimento de condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, conforme disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Por ser lei de âmbito nacional, a LAI se aplica a todos os poderes e esferas de governo. O Decreto nº 7.724/2012 (BRASIL, [2019]) regulamentou a LAI no âmbito do Poder Executivo federal, estabelecendo restrições adicionais ao princípio da máxima divulgação, como aquela que veda a divulgação de informações produzidas ou acumuladas por estatais que possam vulnerar “sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários” (§ 1º do art. 5º), bem como o acesso a informações “obtidas pelo Banco Central do Brasil [...] no exercício de atividade de controle, regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos” (§ 2º do art. 5º).

É discutível a criação de hipóteses de restrição de acesso por decreto, especialmente quanto ao estabelecido nos §§ 1º e 2º do art. 5º, acima transcritos. No primeiro caso, se é verdade que as estatais não devem submeter-se a regras que inviabilizem a competição no mercado em que atuam, também a elas se aplicam limitações próprias das regras de direito público. Ademais, se considerarmos que a transparência é um componente da integridade e da governança de qualquer

empresa, pública ou privada, o alinhamento com o princípio da máxima divulgação exigiria que a norma estabelecesse critérios para a aplicação dessa regra.

Lógica diferente, todavia, se aplicaria para o acesso a informações encaminhadas ao Banco Central, uma vez que é importante garantir que informações fundamentais para a supervisão do sistema bancário fluam com confiança. No entanto, o texto do § 2º do art. 5º também mereceria maior detalhamento da tipologia de informações a que se refere, tornando mais transparente a própria motivação da restrição legislativa.

O Decreto também sugere que limitações de pessoal ou tecnológicas podem justificar a restrição ao acesso a informações:

Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:

I – genéricos;

II – desproporcionais ou desarrazoados; ou

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

Parágrafo único. Na hipótese do inciso III do *caput*, o órgão ou entidade deverá, caso tenha conhecimento, indicar o local onde se encontram as informações a partir das quais o requerente poderá realizar a interpretação, consolidação ou tratamento de dados (BRASIL, [2019]).

A preocupação com a eficiência burocrática, representada no art. 13 do Decreto, implica juízo de discricionariedade que viabiliza o controle social e a transparência dos atos administrativos. No entanto, sua aplicação exige interpretação estrita e pontual, sob pena de se estabelecer uma espécie de sigilo eterno de informações.

Como restrições ao princípio da máxima divulgação, as hipóteses estabelecidas pela LAI

e pelo Decreto nº 7.724/2012 para negativa de acesso a informações encontram na imprescindibilidade do sigilo para proteção da sociedade e do Estado, em maior ou menor medida, seu fundamento principiológico. Ambas as normas, contudo, ganham novos contornos quando avaliadas sob a perspectiva comparada, uma vez que a interpretação de seus textos pode facilitar ou dificultar o exercício do direito, considerando-se os normativos do México e do Chile e a opinião de *experts* internacionais em acesso a informações.

4 Avaliação comparada das hipóteses para restrições do direito de acesso a informações: Brasil, México e Chile

Os critérios para restrição do acesso a informações mais aceitos na atualidade são objeto de diversas orientações e modelos. A Organização dos Estados Americanos (OEA) difunde amplamente sua Lei Modelo, considerando os parâmetros estabelecidos pelos pactos e declarações mencionados no segundo tópico deste artigo¹. Esses padrões inspiraram iniciativas de avaliação de leis de acesso em diferentes contextos, especialmente orientadas para a criação de *rankings* para avaliação comparada da *performance* dos países.

A Transparency Evaluation Network (Rede de Avaliação de Transparência) disponibiliza dados brutos referentes a dezenas de avaliações de políticas de transparência e acesso a informações públicas na América Latina, desde 2004 (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, c2019). A compilação dos dados permitiu constatar que, a partir de 2011, aumentou o número de pesquisas

¹ Na página da OEA (ORIGENS..., c2011), a Relatoria para Liberdade de Expressão da OEA apresenta e discute a Lei Modelo.

sobre avaliação da política e que houve diminuição significativa a partir de 2015. A grande maioria das pesquisas tem a participação ou é conduzida por Organizações não governamentais (ONGs) e avalia políticas de nível nacional ou federal. Pesquisas que envolvam e comparem dados de transparência ativa e passiva são minoria, preponderando aquelas relativas à divulgação proativa de dados e informações. Com base nesses dados, concluiu-se que a legislação brasileira apresenta resultados “impressionantes, especialmente para uma lei tão jovem”, sobretudo quando comparada com os “líderes regionais” – Chile e México (MICHENER, 2015, p. 86).

Duas ONGs realizaram o mais amplo e atualizado estudo comparado sobre as leis de acesso a informações em vigência. O Center for Law and Democracy (CLD) e a Access Info Europe (AIE) desenvolveram, em 2010, uma metodologia para criar e manter atualizado o mais importante *ranking* de normas sobre o direito de acesso à informação no mundo. A metodologia foi lançada em 2010, resultando na publicação do primeiro *ranking* em 2011, atualizado em 2012 e 2013².

O *ranking* foi criado pressupondo-se que um bom arcabouço jurídico é a espinha dorsal de um bom sistema de acesso à informação; dessa forma, avaliar a qualidade das normas de um país, destacando aspectos que destoariam dos melhores padrões – inferidos de documentos produzidos pelas Nações Unidas e por organizações regionais de direitos humanos – auxiliaria na massificação do efetivo exercício desse direito no mundo. São sessenta e um indicadores organizados em sete categorias: 1) Direito de acesso; 2) Escopo; 3) Procedimentos para solicitação; 4) Exceções e recusas; 5) Recursos/Apelos; 6) Sanções e proteções; e 7) Medidas de promoção. As quatro categorias mais importantes (2 a 5) somam cento e vinte pontos; um país pode obter, no máximo, cento e cinquenta pontos (CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY; ACCESS INFO EUROPE, 2013, p. 4).

No que se refere à confiabilidade da avaliação realizada, registre-se que cada país foi avaliado por, no mínimo, dois pesquisadores vinculados às ONGs organizadoras do *ranking*; as notas foram então revisadas por *experts* locais³, cujos comentários também integram a avaliação. Os indicadores adotados pelo *Right to Information Rating (RTI Rating)* para comparar e avaliar as exceções ao princípio da máxima divulgação guardam coerência com as orientações mais frequentes sobre técnicas e hipóteses para restrição de acesso a informações públicas.

² A consulta ao *ranking* atualizado, contemplando normativos ainda mais recentes, também está disponível na página Access Info Europe e Centre for Law and Democracy ([200-]).

³ Na página Methodology ([200-]), constam os nomes dos *experts* consultados. Nota-se que não há indicação de *experts* que tenham revisado as notas do Brasil; no entanto, na página de consulta aos dados brasileiros (SCORING..., [200-]), constam comentários dos prováveis avaliadores e *experts*.

Os resultados foram segmentados em três grupos, conforme uma curva de sino (ou de distribuição normal)⁴. Atualmente, o Brasil ocupa a 22ª posição no *ranking* – o 1º lugar dentre os países da América do Sul –, com 108 pontos. O México ocupa a 1ª posição, com 136 pontos⁵, e o Chile, a 44ª posição no *ranking*.

Tabela 1

Pontuação no *RTI Rating*, por categoria e país

| Categorias | Máxima | México | Brasil | Chile |
|-----------------------------------|--------|--------|--------|-------|
| 1. Direito de acesso | 6 | 6 | 6 | 5 |
| 2. Escopo | 30 | 30 | 29 | 16 |
| 3. Procedimentos para solicitação | 30 | 28 | 19 | 21 |
| 4. Exceções e recusas | 30 | 28 | 16 | 14 |
| 5. Recursos/Apelos | 30 | 26 | 22 | 23 |
| 6. Sanções e proteções | 8 | 4 | 3 | 4 |
| 7. Medidas de promoção | 16 | 14 | 13 | 10 |
| Pontuação total | 150 | 136 | 108 | 93 |

Fonte: Elaborada pelos autores com base em dados do *RTI Rating* (ACCESS INFO EUROPE; CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY, [200-]).

Neste trabalho, o agrupamento dos três países considera a posição do México no *ranking*, bem como o fato de que Brasil, Chile e México integram a Red de Transparencia y Acceso a la Información (RTA), constituída em 2010 para fomentar o compartilhamento de experiências exitosas entre organismos responsáveis pela transparência e pelo acesso a informações na América Latina⁶.

No México, o direito de acesso a informações foi regulamentado por lei federal em 2002, sucedida por lei de abrangência nacional em 2015⁷, que se aplica à União e aos estados federados. Bookman e Guerrero Amparán (2009, p. 7, tradução nossa) destacaram, ainda em 2009, o potencial do México para “servir de modelo global ou, pelo menos, para oferecer *insights* relevantes para a implementação de leis de transparência em países em de-

⁴ Considerando que, em 2013, a maior e a menor nota no *ranking* foram, respectivamente, 137 e 35, verificou-se que as notas se distribuíam em três grupos: 37-69 pontos (24 países), 70-102 pontos (49 países) e 103-135 pontos (22 países), daí o *ranking* mostrar as notas dos países em um mapa de três cores.

⁵ Neste tópico, discutir-se-ão os achados do período compreendido entre o lançamento da metodologia até 2013. Na página do *ranking*, encontram-se dados atualizados, razão pela qual a pontuação do México é maior do que aquela utilizada para cálculo da curva de distribuição normal, cuja nota máxima foi alcançada pela Sérvia em 2013.

⁶ O Brasil passou a integrar a Rede em 2012, desde então representado pela Controladoria-Geral da União (CGU). Na página Red de Transparencia y Acceso a la Información ([200-]), é possível conhecer as principais atividades desempenhadas pela Rede.

⁷ Lei Geral de Transparência e Acesso à Informação Pública (MÉXICO, 2015).

envolvimento”. Mendel (2009, p. 86), por sua vez, referiu-se à lei mexicana como uma das mais progressistas e inovadoras do mundo, destacando a importância dos dispositivos que asseguram o acesso à informação como fundamental para a garantia dos direitos humanos ou para a investigação de crimes contra a humanidade. Registre-se, também, a significativa influência da lei mexicana no processo de elaboração da LAI, a partir de seu reconhecimento internacional como parâmetro – em conjunto com a lei americana – para as mais recentes leis de acesso a informações no mundo (PAES, 2012b; POZEN, 2018).

Já o Chile, a despeito de ter lei nacional mais recente (2008)⁸ que a mexicana, destaca-se, no âmbito normativo e institucional, pela criação do Consejo para la Transparencia, com funções análogas às do Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales mexicano.

A apresentação conjunta dos dados dos três países visa posicionar e discutir a pontuação da LAI e do Decreto nº 7.724/2012 em relação às pontuações dos outros dois países, considerados referências internacionais no tema e detentores de leis de acesso mais antigas do que a brasileira.

Inicialmente, são detalhadas as notas obtidas pelos três países em cada indicador da categoria 4 – Exceções e recusas:

Tabela 2

Pontuação no *RTI Rating*, por indicador da categoria 4 e por país

| Categorias | Máxima | México | Brasil | Chile |
|-----------------|--------|--------|--------|-------|
| 28 | 4 | 4 | 0 | 0 |
| 29 | 10 | 9 | 6 | 8 |
| 30 | 4 | 4 | 3 | 0 |
| 31 | 4 | 3 | 2 | 0 |
| 32 | 2 | 2 | 1 | 1 |
| 33 | 2 | 2 | 0 | 2 |
| 34 | 2 | 2 | 2 | 2 |
| 35 | 2 | 2 | 2 | 1 |
| Total | 30 | 28 | 16 | 14 |
| Posição/ranking | | 1 | 22 | 44 |

Fonte: Elaborada pelos autores com base em dados do *RTI Rating* (ACCESS INFO EUROPE; CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY, [200-]).

O *RTI Rating* fixou, para a categoria 4, um conjunto de oito indicadores, cada qual avaliado de acordo com os seguintes critérios, numerados originalmente de 28 a 35 no *ranking*:

⁸Lei sobre Acesso à Informação Pública (CHILE, [2016]).

Tabela 3

Descrição e critérios para avaliação dos indicadores da categoria 4 do *RTI Rating*

| Indicador | Descrição | Crterios para avaliaçao |
|-----------|--|---|
| 28 | A lei de acesso a informaoes impoe padroes as normas que disponham sobre sigilo, restringindo sua interpretao. | Marcar 1, 2 ou 3 pontos se aplicavel apenas a algumas classes de informaoes. Se a lei de sigilo de Estado no se submeter a lei de acesso a informaoes, aplicar 2 pontos ao indicador. |
| 29 | As exceoes ao direito de acesso sa consistentes com os padroes internacionais. As exceoes admissiveis sa: segurana nacional; relaoes internacionais; saude pblica e segurana; prevenao, investigao e represso ao crime; privacidade; legtimos interesses comerciais e outros interesses econmicos; gesto da economia; justa administrao de justia e privilegio de aconselhamento jurdico; conservao do meio ambiente; legtima elaborao de polticas e outras operaes das autoridades pblicas. | Excluir 1 ponto quando a exceao ao acesso a informao no for coerente com os padroes internacionais, isto e, quando fora das hipoteses listadas como referncia ou redigida de modo muito abrangente. |
| 30 | Um teste de dano (<i>harm test</i>) se aplica a todas as exceoes, de modo que, somente quando a divulgao representa um risco de dano real a um interesse protegido, o acesso a informao pode ser recusado. | Excluir 1 ponto para cada exceao ao acesso a informao sem correspondente previsao de teste de dano. |
| 31 | A presena de interesse pblico geral, mesmo que implique prejuzo a outro interesse protegido, afasta a restrio de acesso fundada em uma exceao legal (<i>public interest test</i>). Ha hipoteses "difceis" (que se aplicam absolutamente), por exemplo, para informaoes sobre direitos humanos, corrupao ou crimes contra a humanidade. | Considerar se a caracterizao do interesse pblico geral est sujeita a limitaes gerais, se se aplica a apenas algumas exceoes ou se e facultativa. |
| 32 | As informaoes devem ser divulgadas assim que uma exceao deixar de ser aplicada. A lei contem uma clausula que afirma que as exceoes para proteger interesses pblicos no se aplicam a informaoes com mais de 20 anos de produao. | Marcar 1 ponto para cada caracterstica presente. |
| 33 | Procedimentos claros e adequados estao em vigor para consulta a terceiros que forneceram informaoes objeto de um pedido de acesso, a qual deve se dar de forma confidencial. As autoridades pblicas devem levar em considerao quaisquer objeoes de terceiros ao considerar solicitaes de informaoes, mas terceiros no tem poder de veto sobre a divulgao de informaoes. | Aplicar 1 ponto para a previsao de consulta, 1 ponto se a lei determina a observncia dos prazos originais e se prev recursos administrativos. |

| Indicador | Descrição | Critérios para avaliação |
|-----------|--|---|
| 34 | Existe uma cláusula de separação, de modo que, quando apenas uma parte de um documento é coberta por uma exceção, a restante deve ser divulgada. | Marcar 1 ponto se sim, mas, às vezes, puder ser recusado, e 2 pontos, se o acesso parcial sempre for concedido. |
| 35 | A recusa do acesso à informação deve indicar a) os motivos e os fundamentos legais exatos e b) informar o requerente quanto aos procedimentos para recorrer da negativa. | Marcar 1 ponto para cada característica presente. |

Fonte: Elaborada pelos autores com base em dados do *RTI Rating* (SCORING, [200-]).

A tabela a seguir relaciona as notas atribuídas à LAI brasileira, para cada indicador, com os respectivos comentários dos avaliadores:

Tabela 4

Pontuação do Brasil por indicador da categoria 4 do *RTI Rating*

| Indicador | Pontuação máxima | Pontuação do Brasil | Comentários dos avaliadores |
|-----------|------------------|---------------------|--|
| 28 | 4 | 0 | Sem comentários dos avaliadores. |
| 29 | 10 | 6 | Vagueza do termo “áreas de interesse estratégico nacional”, no art. 23 da LAI. Amplitude excessiva das hipóteses de sigilo legal, no inc. I do art. 6º do Decreto nº 7.724/2012, e do termo “risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico”, conforme disposto no inc. VII do art. 25 do mesmo Decreto. A lei também estabelece um esquema completo de “classificação” que parece colocar uma categoria indefinida de informações além do alcance do público. |
| 30 | 4 | 3 | Os avaliadores fazem referência ao art. 23 da LAI para inferir que o <i>harm test</i> é facultativo. |
| 31 | 4 | 2 | Os avaliadores entenderam que os arts. 19 e 21 da LAI “eram muito limitados para justificarem uma pontuação maior”. Também registraram que os parâmetros contidos no art. 27 do Decreto não eram fortes o suficiente para “controle da discricionariedade do ato de classificar informações”. |
| 32 | 2 | 1 | É possível classificar informações por mais de 20 anos, como as ultrassecretas. |
| 33 | 2 | 0 | O art. 31 da LAI prevê a consulta ao titular da informação, mas apenas para acesso a informações pessoais. Um avaliador registrou: “Espero que isso seja abordado nos regulamentos”. |
| 34 | 2 | 2 | Sem comentários dos avaliadores. |
| 35 | 2 | 2 | Sem comentários dos avaliadores. |

Fonte: Elaborada pelos autores com base em dados do *RTI Rating* (SCORING, [200-]).

O Brasil não obteve pontuação no indicador 28, estranhamente. A LAI explicitamente revogou dispositivos que tratavam de matérias submetidas

a sigilo de Estado, como a Lei nº 11.111/2005 (BRASIL, 2005), que regulamentava a parte final do inc. XXXIII da CRFB, o qual é o fundamento constitucional da LAI, e os arts. 22 a 24 da Lei nº 8.159/1991 (BRASIL, [2011a]), que dispunham, no âmbito da Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, sobre o sigilo de documentos públicos. A explícita revogação desses dispositivos representa uma decisão legislativa inequívoca quanto à exaustividade das hipóteses de restrição de acesso a informações públicas com fundamento em sigilo de Estado. A LAI funciona, assim, como parâmetro geral e limite para que os órgãos e entidades dos três Poderes e esferas de governo possam classificar informações (CUNHA FILHO; XAVIER, 2014, p. 212). Qualquer outro normativo, legal ou infralegal, não poderia, portanto, dispor sobre outras hipóteses de sigilo, devendo ser aplicado nos estritos limites definidos na LAI.

A LAI foi duramente criticada no que se referia à técnica legislativa para listagem de hipóteses de restrição de acesso (indicador 29). Os avaliadores apontaram a vagueza e a amplitude de determinadas disposições da LAI e do Decreto nº 7.724/2012, conferindo ao conjunto normativo uma nota que representa apenas quarenta por cento da pontuação máxima possível. A análise dos dispositivos da LAI e do Decreto nº 7.724/2012 que tratam do tema demonstra que seria conveniente reunir todas as hipóteses de restrição de acesso em uma única seção ou capítulo desses normativos, de modo a garantir maior coerência aos textos legais. Do mesmo modo, a possibilidade de restrição de acesso por desarrazoabilidade do pedido, conforme inscrita no Decreto nº 7.724/2012, pode representar fragilidade para a sistemática de acesso e restrição, na medida em que, do seu conceito inerentemente polissêmico seria possível inferir novas hipóteses de sigilo, rompendo com a premissa de que um sistema fechado de hipóteses

garante a observância do princípio da máxima divulgação.

A ausência explícita de um comando geral para avaliação de danos reais que fundamentasse a decisão de restrição de acesso, na opinião dos avaliadores, seria uma lacuna importante da LAI. No entanto, a LAI é explícita ao conferir discricionariedade à autoridade classificadora para avaliar a conveniência de restringir o acesso, bem como para definir o tempo adequado a essa finalidade, condicionada a sua imprescindibilidade para a segurança do Estado e da sociedade. Essas seriam, portanto, as balizas para a classificação da informação, as quais deveriam estar explícitas na motivação do ato classificatório. A avaliação do dano real, portanto, faz parte do dever de motivar, adequada e formalmente, o ato administrativo solene de classificação de informações públicas. Ademais, não se pode olvidar o peso adicional que o teste de dano representaria se estivesse explicitamente registrado na LAI, especialmente para fortalecimento do diálogo com o indivíduo ao qual tenha sido negado o acesso a uma informação classificada: além de facilitar o controle do ato de classificação, o registro do raciocínio realizado pela autoridade classificadora facilitaria a argumentação para fundamentar eventuais pedidos de reclassificação ou desclassificação de informações públicas, fortalecendo o próprio sistema de acesso e proteção a informações. Fica, pois, evidente a insuficiência da LAI, à luz dos melhores parâmetros de qualidade legislativa, no que toca à técnica para justificação da discricionariedade do ato classificatório.

Além do teste de dano, uma espécie de teste de interesse público (indicador 30) poderia ser aplicado a quaisquer das hipóteses para restrição do acesso a informações. Assim, nas hipóteses em que o acesso à informação pudesse ser negado por um ato do Estado (classificação), para proteção de informações consideradas sigilosas

por disposição legal ou relacionadas à privacidade dos indivíduos, a legislação imporia ao Estado um ônus adicional: o de avaliar, no caso concreto, qual interesse deveria prevalecer.

Na LAI, há dispositivo análogo ao teste do interesse público, realizado por meio do balanceamento do interesse público em entregar a informação e do interesse privado em proteger a informação sigilosa, o que permite afastar a proteção da privacidade em prol de um “interesse público geral e preponderante” (inc. V do § 3º do art. 31) (BRASIL, [2019]). Tal balanceamento operaria por prospecção de resultado, isto é, se a informação é fundamental para a finalidade da norma, ou seja, a promoção da transparência e do controle e participação sociais. Esse é o entendimento que se infere das leis de acesso à informação americana e irlandesa⁹, por exemplo, que associam o balanceamento à possibilidade de afastar a proteção de interesses privados (especialmente da privacidade) para permitir ao público conhecer a forma como atuam os órgãos e entidades governamentais, viabilizando a abertura do Estado (LÓPEZ AYLLÓN; POSADAS, 2007). Os avaliadores conferiram 2 dos 4 pontos possíveis ao indicador 31, certamente porque esse teste não se aplica a toda e qualquer situação.

A lei brasileira de acesso a informações permite a classificação de informações por prazo superior a vinte anos, o que é considerado excessivo no âmbito do *RTI Rating* e das melhores práticas internacionais (indicador 32). Registre-se que é possível prorrogar o prazo inicial de classificação para período superior a vinte anos, sendo possível atingir até cinquenta anos de restrição de acesso. Essa avaliação, todavia, é realizada por um conjunto de autoridades, reunidas no âmbito da Comissão Mista de Reavaliação de Informações (CMRI), conferindo-se à prorrogação as características de um ato administrativo influenciado por visões diferentes e abrangentes sobre as políticas de governo. Conjugada à possibilidade de manutenção da restrição de acesso por outros motivos, a limitação temporal fixada internacionalmente parece mais coerente, porque revela, com maior antecedência, dados e informações considerados importantes para o controle social.

O diálogo prévio com o indivíduo ou a instituição para obter elementos quanto à sensibilidade e à relevância estratégica da informação para seus negócios e vida em sociedade é também objeto de avaliação pelo *RTI Rating*. Os avaliadores registraram, todavia, que essa consulta estaria explícita apenas para avaliação de pedidos de acesso a informações pessoais, nos

⁹Na página FOIA.GOV ([200-]), é possível acessar a Lei de Liberdade de Informação americana e apresentar um pedido de acesso a informações. De igual modo, na página Freedom of information (c2019) estão disponíveis informações e sistemas para acesso à informação na Irlanda.

termos do art. 31 da LAI. No entanto, verifica-se que a LAI também confere à Controladoria-Geral da União a possibilidade de consultar os órgãos e as entidades recorridos, a fim de obter “esclarecimentos adicionais” considerados imprescindíveis para sua decisão, nos termos do art. 23 da LAI. Desse modo – a despeito de seu caráter facultativo –, há disposição, na lei, para que uma entidade da administração indireta demonstre eventual prejuízo a sua governança caso a informação seja de acesso público, por exemplo, o que expande o âmbito de aplicação das hipóteses de consulta prévia. No entanto, não há determinação legal para consulta a pessoas jurídicas privadas em geral. Assim, no que toca ao indicador 33, a legislação brasileira poderia ter recebido, ao menos, 1 ponto.

Os indicadores 34 e 35 obtiveram pontuação máxima, evidenciando a existência, na LAI, de dispositivos que determinam o acesso parcial a documento, caso a exceção também se aplique parcialmente, e exigem que a recusa, parcial ou total, seja adequadamente justificada e contenha orientações sobre os recursos administrativos cabíveis.

De modo geral, considerando-se as demais categorias do *RTI Rating*, os países obtiveram piores notas na categoria 6 – Sanções e proteções – e melhores notas na categoria 2 – Escopo. Quando se avalia a diferença de pontuação agrupando-se os países em segmentos, a categoria com maior diferença de pontuação é a 7 – Medidas de promoção, o que sugere que as categorias 6 e 7 seriam aquelas com maior dificuldade de performance. Ademais, quanto mais recente o normativo sobre o direito de acesso à informação, maior a pontuação média do *ranking*: em 1995, as normas em vigor obtiveram, em média, 78 pontos; em 2000, 80 pontos; em 2005, 90 pontos; e, em 2013, 91 pontos. As instituições Centre for Law and Democracy e Access Info Europe (2013, p. 10, tradução nossa) observam que “leis emitidas

recentemente foram favorecidas por aprenderem com os erros e falhas daquelas escritas há mais tempo e por observarem padrões internacionais mais claros”.

Esse esquema de transparência e de restrição de acesso promove, especialmente, o controle da própria estrutura de monitoramento e de aplicação da LAI. A despeito de não existir, no Brasil, um órgão garantidor com independência política e financeira, foram criadas estruturas de monitoramento, muitas vezes vinculadas aos órgãos de controle interno, as quais desempenham, de modo muito semelhante, esse papel. Contudo, a adequação da LAI aos parâmetros internacionais é apenas uma das variáveis que determina o sucesso da iniciativa para garantia do direito de acesso a informações.

5 Conclusão

O direito de acesso a informações, no Brasil, compreende um conjunto de normas condizentes com o princípio da máxima divulgação, guardando consonância com o texto de pactos e acordos que são referência global. Todavia, carece de aperfeiçoamentos no que toca às hipóteses legais de sigilo (criticada pelo *RTI Rating* por suposta vagueza e amplitude de determinadas disposições), à discricionariedade para fixar o prazo de classificação de informações (considerando-se que prazos superiores a vinte anos seriam excessivos), à possibilidade de caracterização de desarrazoabilidade do pedido para negativa de acesso a informações públicas e à inexistência de obrigação de teste de dano para negar acesso.

Desse modo, a pergunta de pesquisa, mesmo que respondida afirmativamente, implica várias ressalvas ao texto brasileiro, de modo que permanecem abertas diversas oportunidades de incremento normativo do direito de acesso a informações em nosso País.

Registram-se, em tramitação na Câmara dos Deputados, quarenta projetos de lei que visam alterar dispositivos da LAI no que toca à publicidade da remuneração de servidores públicos, de agentes dos sistemas prisional e socioeducativo; de despesas realizadas com cartões corporativos e de repasses de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos, entre outros temas. Além da necessidade de aperfeiçoamento da LAI, as propostas podem representar retrocessos, na medida em que inserem no texto da lei novas hipóteses de restrição de acesso que não encontram suporte nos parâmetros internacionais.

Reforçar a existência desses parâmetros, bem como sua legitimidade como resultado de avaliação prática dos princípios e regras presentes nos pactos e nas declarações internacionais e regionais, pode contribuir para a reflexão acadêmica sobre o direito de acesso a informações no Brasil.

Sobre os autores

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro é mestre em Ciência da Informação e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil; auditora federal de Finanças e Controle na Controladoria-Geral da União, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: ericabqr@gmail.com

Bruno Amaral Machado é doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha; pós-doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília, DF, Brasil; professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, Brasil; docente do mestrado e doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, DF, Brasil; docente do doutorado em Ciências Penais da Universidade de San Carlos, Guatemala; promotor de justiça no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: brunoamachado@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz; MACHADO, Bruno Amaral. Transparência máxima: as restrições ao direito de acesso a informações no Brasil, Chile e México. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 215-234, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p215

(APA)

Ribeiro, E. B. Q., & Machado, B. A. (2019). Transparência máxima: as restrições ao direito de acesso a informações no Brasil, Chile e México. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 215-234. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p215

Referências

ACCESS INFO EUROPE; CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY. *The RTI rating: analyses the quality of the world's access to information laws*. [S. l.]: Centre for Law and Democracy, [200-]. Disponível em: <https://www.rti-rating.org/>. Acesso em: 1º abr. 2019.

ARTICLE 19. *Os 5 anos da Lei de Acesso à Informação: uma análise de casos de transparência*. São Paulo: Article 19, 2017. Disponível em: <http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2017/05/Os-5-anos-da-Lei-de-Acesso-%C3%A0-Infoma%C3%A7%C3%A3o-%E2%80%93-uma-an%C3%A1lise-de-casos-de-transpar%C3%Aancia-1.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2019.

BANISAR, David. *Freedom of information around the world 2006: a global survey of access to government information laws*. [London, UK]: Privacy International, 2006. Disponível em: http://www.freedominfo.org/documents/global_survey2006.pdf. Acesso em: 1º abr. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011*. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1.741-1.759, 2015. DOI: 10.12957/rqi.2015.18818. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18818/14137>. Acesso em: 1º abr. 2019.

BOOKMAN, Zachary; GUERRERO AMPARÁN, Juan-Pablo. Two steps forward, one step back: assessing the implementation of Mexico's Freedom of Information Act. *Mexican Law Review*, [Mexico City], v. 1, n. 2, p. 3-51, 2009. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/mexican-law-review/article/view/7721/9689>. Acesso em: 1º abr. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 28 mar. 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, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 28 mar. 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, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 1º abr. 2019.

_____. *Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8159.htm. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. *Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005*. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF:

Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

CARVALHO, Igor Chagas de. A tensão entre o direito à informação e o direito à privacidade e o acesso aos arquivos sensíveis. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, ano 51, n. 202, p. 115-130, abr./jun. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503040/001011318.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1º abr. 2019.

CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY; ACCESS INFO EUROPE. *RTI rating data analysis series: overview of results and trends*. [S. l.]: Centre for Law and Democracy: Access Info Europe, 2013. Disponível em: http://www.right2info.org/resources/publications/publications/rti-rating-data-analysis-series_cld-and-aie_2013. Acesso em: 1º abr. 2019.

CHILE. *Ley 20.285*. Sobre acceso a la información pública. Santiago: Ministerio Secretaría General de La Presidencia, [2016]. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>. Acesso em: 1º abr. 2019.

CORRÊA, Izabela Moreira. *Unveiled to regulate: the logics and the trajectories of regulatory transparency policies*. 2017. Thesis (Doctor of Philosophy) – The London School of Economics and Political Science, London, 2017. Disponível em: http://etheses.lse.ac.uk/3632/1/Correa_Unveiled_to_Regulate.pdf. Acesso em: 1º abr. 2019.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo; XAVIER, Vitor César Silva. *Lei de Acesso à Informação: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Originalmente apresentado como tese do autor, Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

FOIA.GOV. Washington, DC: Department of Justice, [200-]. Disponível em: <https://www.foia.gov/>. Acesso em: 1º abr. 2019.

FREEDOM OF INFORMATION. Dublin: Department of Public Expenditure & Reform, c2019. Disponível em: <https://foi.gov.ie/>. Acesso em: 1º abr. 2019.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Transparency evaluation network*. Rio de Janeiro: FGV, c2019. Disponível em: <http://www.transparencyevaluation.net>. Acesso em: 1º abr. 2019.

GIL-GARCÍA, J. Ramón; PARDO, Theresa A. E-government success factors: mapping practical tools to theoretical foundations. *Government Information Quarterly*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 187-216, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2005.02.001>. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.471.2236&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 1º abr. 2019.

KREIMER, Seth F. The ecology of transparency reloaded. In: POZEN, David E.; SCHUDSON, Michael (ed.). *Troubling transparency: the history and future of freedom of information*. New York: Columbia University Press, 2018. p. 135-165.

LEITNER, Christine (ed.). *E-government in Europe: the state of affairs*. Maastricht: European Institute of Public Administration, 2003. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN013016.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2019.

LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Trad. Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. (Epistemologia e sociedade, v. 207).

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio; POSADAS, Alejandro. Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información: una perspectiva comparada. *Derecho Comparado de la Información*, [s. l.], n. 9, p. 21-65, enero/jun. 2007. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/decoinfo/article/view/33122/30086>. Acesso em: 1º abr. 2019.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Tradução: Marsel N. G. de Souza. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: Ed. Unesco, 2009.

METHODOLOGY. *Global Right to Information Rating*, [s. l.] [200-]. Disponível em: <https://www.rti-rating.org/methodology/>. Acesso em: 1º abr. 2019.

MÉXICO. Decreto. Ley general de transparencia y acceso a la información pública. *Diário Oficial de la Federación*, México, DF, 4 mayo 2015. Disponível em: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015. Acesso em: 1º abr. 2019.

MICHENER, Gregory. Assessing freedom of information in Latin America a decade later: illuminating a transparency causal mechanism. *Latin American Politics and Society*, [Tallahassee], v. 57, n. 3, p. 77-99, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1548-2456.2015.00275.x>.

MONTEIRO, Carina Villela de Andrade. Direito à privacidade *versus* direito à informação: considerações sobre a possibilidade de órgãos públicos fornecerem a terceiros informações pessoais de agentes públicos. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, ano 44, n. 173, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/141145/R173-02.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.]: OEA, c2011. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=163&IID=4>. Acesso em: 1º abr. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Access to public information in Latin America. *Open Government in Latin America*, Paris, p. 63-96, 2014. DOI: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264223639-6-en>. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/open-government-in-latin-america/access-to-public-information-in-latin-america_9789264223639-6-en#page28. Acesso em: 1º abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Declaração de princípios sobre liberdade de expressão*. [S. l.]: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2000. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.convencao.libertade.de.expressao.htm>. Acesso em: 1º abr. 2019.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano*. 2. ed. Montevideu: CIDH, 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20port%20unesco%20-%20el%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20informacion%20a%20edicion%20adjusted.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2019.

ORIGENS. OEA, [s. l.], c2011. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=52&IID=4>. Acesso em: 1º abr. 2019.

PAES, Eneida Bastos. A influência internacional na construção do direito de acesso à informação no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, ano 49, n. 195, p. 245-257, jul./set. 2012a. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496592/000959937.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1º abr. 2019.

_____. Os desafios da implementação da nova Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/11. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, ano 49, n. 193, p. 227-244, jan./mar. 2012b. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496570/000940661.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1º abr. 2019.

POZEN, David E.; SCHUDSON, Michael (ed.). *Troubling transparency: the history and future of freedom of information*. New York: Columbia University Press, 2018.

POZEN, David E. Transparency's ideological drift. *The Yale Law Journal*, [New Haven, CT], v. 128, n. 1, p. 100-165, Oct. 2018. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/transparencys-ideological-drift>. Acesso em: 1º abr. 2019.

RED DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN. [S. l.]: RTA, [200-]. Disponível em: <https://redrta.org/>. Acesso em: 1º abr. 2019.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SCORING. *Global Right to Information Rating*, [s. l.], [200-]. Disponível em: https://www.rti-rating.org/country-data/scoring/?country_name=Brazil. Acesso em: 1º abr. 2019.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.

UNITED NATIONS. *World public sector report 2003: e-government at the crossroads*. New York: United Nations, 2003. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/publications/content/PDFs/E-Library%20Archives/World%20Public%20Sector%20Report%20series/World%20Public%20Sector%20Report.2003.pdf>. Acesso em: 1^a abr. 2019.

VLEUGELS, Roger (ed.). Overview of all FOI laws. *Fringe Special*, [s. l.], p. 1-28, Sept. 30, 2012. Disponível em: http://www.right2info.org/resources/publications/laws-1/ati-laws_fringe-special_roger-vleugels_2011-oct. Acesso em: 1^a abr. 2019.

IOF sobre contratos de mútuo com quem não desenvolve atividade financeira ou análoga

GUSTAVO FOSSATI
WALDIR ALVES

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar a constitucionalidade da incidência do Imposto sobre Operações Financeiras sobre o mútuo celebrado entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, quando não haja a participação de instituição financeira, nem de pessoa jurídica ou física que desenvolva atividade análoga à de instituição financeira, ainda que de forma acessória ou eventual. Os tribunais federais têm mantido a cobrança do imposto, com o principal fundamento de não ser exigível que o contrato de mútuo seja celebrado com instituição financeira. Nessa perspectiva, é importante verificar eventual excesso do Fisco na interpretação da norma, quer quanto ao comando da Constituição, quer do Código Tributário Nacional, estabelecendo os exatos contornos do tributo, de modo a eliminar os excessos inconstitucionais na interpretação de seu conteúdo. É também oportuno comparar o Imposto sobre Operações Financeiras com imposto similar em debate na União Europeia, pois excessos do Fisco podem implicar descrédito para o modelo tributário brasileiro, afetando a abertura do mercado interno para investimentos de empresas estrangeiras e a inserção do Brasil nos mercados mundiais.

Palavras-chave: Direito Tributário. Imposto sobre operações financeiras (IOF). Mútuo. Instituição financeira.

IOF on mutual loans with legal entities that do not develop financial activity or similar

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the constitutionality of the Tax on Financial Transactions on Mutual Loans concluded between legal entities or between legal entities and individuals, when there is neither participation of a financial institution, nor legal or physical entity that develops activity similar to the financial institution, not even in a supplementary or occasional way. The federal courts have sustained the

Recebido em 19/11/18
Aprovado em 28/2/19

taxation, because they understand that mutual loans do not need to be concluded with a financial institution. On these grounds, it is important to verify occasional abuses committed by the tax administration when interpreting the law, mainly the Federal Constitution and the Federal Tax Code, in order to establish the precise range of the tax and put aside occasional abusive interpretations in the tax administration's benefit. Occasional unconstitutional abuses committed by the tax administration can also leave to a discredit on the Brazilian taxation model, on the grounds of an internal market opened to foreign investments, considering also the participation of Brazil in international markets. Due to this respect, it is opportune to compare the Brazilian tax with a similar tax proposed and discussed in the European Union.

Keywords: Tax law. Tax on financial transactions. Mutual. Financial institution.

Considerações iniciais

Diante da constante elevação da carga tributária no País, aumenta a importância da verificação do âmbito de proteção do contribuinte, a fim de aferir se o ente tributante obedeceu aos limites da competência tributária estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]), além de conferir com exatidão a extensão da autorização conferida constitucionalmente e retratada na norma geral tributária ao legislador infraconstitucional, para que no âmbito do ente tributante haja o estrito preenchimento do conteúdo do tributo.

Nesse sentido, é oportuna a análise da inovação trazida pelo art. 13 da Lei nº 9.779/1999 (BRASIL, [2016d]), que estendeu a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) ao mútuo celebrado entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sem a participação de instituição financeira ou pessoa jurídica ou física que desenvolva atividade análoga à de instituição financeira, especialmente diante do fato de a matéria ainda estar pendente de julgamento e definição no Supremo Tribunal Federal (STF), a partir de recurso extraordinário interposto em face de decisão do TRF/4ª Região, na qual foi reconhecida a repercussão geral¹.

¹“DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA NAS OPERAÇÕES DE MÚTUO PRATICADAS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS [...] SEGUNDO AS MESMAS REGRAS APLICÁVEIS ÀS OPERAÇÕES PRATICADAS PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 13 DA LEI Nº 9.779/99. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL” (BRASIL, 2008c, p. 2.799).

Questionado judicialmente o imposto, os tribunais federais têm mantido sua cobrança, entendendo, fundamentalmente, não ser exigível que o contrato de mútuo seja celebrado com instituição financeira, tomando por base a decisão cautelar do STF, que provisoriamente considerou constitucional o art. 58 da Lei nº 9.532/1997 (BRASIL, [2016c]), que prevê a incidência do imposto sobre operações de *factoring*. No entanto, torna-se necessário verificar se o fundamento da decisão do STF que considerou a atividade de *factoring* sujeita ao IOF também se aplica à aferição da inovação trazida pelo art. 13 da Lei nº 9.779/1999 ou se os conteúdos são diversos, o que abalaria as decisões tomadas com base nessa premissa equivocada.

Nessa perspectiva, é oportuno aferir se há excesso do Fisco, no âmbito interpretativo, relativamente à aplicação do art. 13 da Lei nº 9.779/1999, inclusive por intermédio de norma infraconstitucional (art. 2º, I, c, do Decreto nº 6.306/2007) (BRASIL, [2018a]), afrontando a previsão do IOF sobre operações de crédito (art. 153, V, da CRFB, e art. 63 do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL, [2013])). Com isso, estar-se-ia provocando um alargamento indevido do imposto para além das instituições financeiras ou das pessoas jurídicas ou físicas que, mesmo esporadicamente, desenvolvam atividade principal ou acessória análoga à de instituição financeira, o que acabaria alcançando pessoas jurídicas e físicas que não praticam o mútuo de modo profissional.

O tema assume relevância no atual ambiente de abertura de mercados, em que há uma clara política de Governo e um enorme esforço da iniciativa privada para atrair investimentos de empresas internacionais e multinacionais, além da almejada integração do mercado brasileiro aos mercados mundiais. Uma atuação oposta ao tratamento internacional da matéria pode

enfraquecer a confiança no modelo tributário brasileiro, sendo relevante avaliar a posição dos Estados-membros da União Europeia em relação ao Imposto sobre Operações Financeiras (*Finanztransaktionssteuer*), ou seja, verificar se esse imposto incidiria somente sobre contratos celebrados por instituições financeiras e análogas com autorização estatal para operar como tais, ou também sobre a concessão de crédito via empréstimo (mútuo) por empresas que não sejam instituições financeiras nem análogas a elas.

1 Tratamento legal e constitucional

A Emenda Constitucional (EC) nº 18, de 1º de dezembro de 1965 (BRASIL, 1965), que reformou o Sistema Tributário Nacional, previu originariamente a competência da União para instituir o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores imobiliários (art. 14, I). Por sua vez, a Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966 (BRASIL, [1987]), instituiu o IOF, incidente nas operações de crédito e de seguro realizadas por instituições financeiras e seguradoras (art. 1º)², que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1967. Em 25 de outubro de 1966, passados apenas cinco dias de sua edição, foi publicado o CTN, que regulou a competência da União para instituir o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários (art. 63)³.

²“Art. 1º O Imposto sobre Operações Financeiras incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e tem como fato gerador: I – no caso de operações de crédito, a entrega do respectivo valor ou sua colocação à disposição do interessado; II – no caso de operações de seguro, o recebimento do prêmio” (BRASIL, [1987]).

³“Art. 63. O imposto, de competência da União, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários tem como fato ge-

A Constituição de 1967 (BRASIL, [1985a]) manteve a competência da União para instituir o imposto (art. 22, VI)⁴, o que foi reiterado pela EC nº 1/1969 (art. 21, VI) (BRASIL, [1985b])⁵. Durante mais de treze anos, foram mantidas, de modo geral, as bases normativas de sua instituição, tendo sido alteradas as alíquotas das operações de crédito e de seguro, e estendida a incidência às operações de câmbio e aos títulos e valores mobiliários, por intermédio do Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980 (art. 1º) (BRASIL, [2011a])⁶.

Por sua vez, a CRFB manteve a competência da União para instituir o IOF sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou aquelas relativas a títulos ou valores mobiliários (art. 153, V).

rador: I – quanto às operações de crédito, a sua efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado; II – quanto às operações de câmbio, a sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, ou sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este; III – quanto às operações de seguro, a sua efetivação pela emissão da apólice ou do documento equivalente, ou recebimento do prêmio, na forma da lei aplicável; IV – quanto às operações relativas a títulos e valores mobiliários, a emissão, transmissão, pagamento ou resgate destes, na forma da lei aplicável. Parágrafo único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito” (BRASIL, [2013]).

⁴“Art. 22. Compete à União decretar impostos sobre: [...] VI – operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários” (BRASIL, [1985a]).

⁵“Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre: [...] VI – operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários” (BRASIL, [1985b]).

⁶“Art. 1º O imposto incidente, nos termos do art. 63 do Código Tributário Nacional, sobre operações de crédito, câmbio e seguro, e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários será cobrado às seguintes alíquotas: I – empréstimos sob qualquer modalidade, aberturas de crédito e descontos de títulos: 0,5% ao mês sobre o valor da operação ou percentual proporcionalmente equivalente quando for cobrado de uma só vez; II – seguros de vida e congêneres e de acidentes pessoais e do trabalho: 2% sobre o valor dos prêmios pagos; III – seguros de bens, valores, coisas e outros não especificados: 4% sobre o valor dos prêmios pagos; IV – operações de câmbio: 130% sobre o valor da operação; V – operações relativas a títulos e valores mobiliários: 10% sobre o valor da operação” (BRASIL, [2011a]).

Com a modificação introduzida pelo art. 13 da Lei nº 9.779/1999⁷, que previu a incidência do IOF sobre o mútuo celebrado entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, foi significativa a ampliação da incidência do imposto.

2 Conceito de operações de crédito

Ao regulamentar a alteração introduzida pelo art. 13 da Lei nº 9.779/1999, o Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007 (BRASIL, [2018a]), enumerou as operações sujeitas ao IOF, incluindo a nova hipótese do mútuo celebrado entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (art. 2º, I, c)⁸. Ou seja, ao

⁷“Art. 13. As operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física sujeitam-se à incidência do IOF segundo as mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras. § 1º Considera-se ocorrido o fato gerador do IOF, na hipótese deste artigo, na data da concessão do crédito. § 2º Responsável pela cobrança e recolhimento do IOF de que trata este artigo é a pessoa jurídica que conceder o crédito. § 3º O imposto cobrado na hipótese deste artigo deverá ser recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador” (BRASIL, [2016d]).

⁸“Art. 2º O IOF incide sobre: I – operações de crédito realizadas: a) por instituições financeiras; b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*); c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física; II – operações de câmbio; [...] IV – operações relativas a títulos ou valores mobiliários; V – operações com ouro, ativo financeiro, ou instrumento cambial. § 1º A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito. § 2º Exclui-se da incidência do IOF referido no inciso I a operação de crédito externo, sem prejuízo da incidência definida no inciso II. § 3º Não se submetem à incidência do imposto de que trata este Decreto as operações realizadas por órgãos da administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e, desde que vinculadas às finalidades essenciais das respectivas entidades, as operações realizadas por: I – autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II – templos de qualquer culto; III – partidos políticos, inclusive suas fundações, entidades sindicais de trabalhadores e instituições de educação e de

rol das operações de crédito realizadas (a) por instituições financeiras (Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966, art. 1º), (b) por empresas que exercem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*) (Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 15, § 1º, III, *d*, e Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, art. 18) (BRASIL, [2015b], [2016c]), foram inseridas aquelas realizadas (c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 13).

O mútuo celebrado entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física foi denominado “operações de crédito” no *caput* do art. 13 da Lei nº 9.779/1999, consignando, expressamente, que sofreria a incidência do IOF, segundo as “mesmas normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras” (BRASIL, [2016d]).

Para a compreensão da questão, torna-se impositivo verificar o que sejam “operações de crédito”, pois a sua ampliação indevida poderá contrastar com o permissivo constitucional e com o comando de efetivação da norma geral tributária (CTN).

Como a CRFB deve ser considerada a norma superior no âmbito da legislação interna, ela se encarrega de estabelecer o procedimento legislativo de formação das leis, além de determinar o conteúdo das futuras leis, que devem obediência à Constituição (KELSEN, 1983, p. 230)⁹. O questionamento da lei inconstitu-

assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei” (BRASIL, [2018a]).

⁹“A Constituição que regula a produção de normas gerais, também pode determinar o conteúdo das futuras

cional é direito fundamental do contribuinte, e a rejeição da norma pode ser feita pelo juiz ou tribunal competente (ALVES, 2011, p. 84)¹⁰.

O Recurso Extraordinário (RE) nº 590.186/RS (BRASIL, 2018c), pendente de julgamento no STF, nos moldes do recurso constitucional do modelo alemão (*Verfassungsbeschwerde*), termina por assumir uma função dúplice, de natureza subjetiva, funcionando como garantia da proteção jurídica individual do cidadão, para efetivar os direitos fundamentais do contribuinte (SCHLAICH; KORIOTH, 2007, p. 153), e de natureza objetiva, funcionando para a conservação e aperfeiçoamento do Direito Constitucional objetivo e, com isso, protegendo a Constituição (MAURER, 2005, p. 716).

A CRFB manteve o perfil tributário anterior (COELHO, 1992, p. 205), conferindo à União a competência para instituir o IOF sobre “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários” (art. 153, V) (BRASIL, [2017a]), enumerando as atividades financeiras – propriamente ditas – no mesmo inciso constitucional, acentuando que se trata de atividades do âmbito das finanças, próprias daqueles que fazem dela uma atividade profissional, mesmo que de forma eventual, podendo ser o seu objeto tanto atividades de crédito, como de câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

No âmbito normativo geral do Direito Tributário, a CRFB atribuiu especificamente à lei complementar a função de definir, relativamente aos impostos nela discriminados, os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes

leis” (KELSEN, 1983, p. 230).

¹⁰“Não poderá ser impedido o acesso do cidadão à jurisdição constitucional, sob pena de afronta ao princípio democrático, cabendo ao Parlamento no exercício legislativo representar politicamente o cidadão, enquanto o Tribunal Constitucional, ao corrigir a atuação legislativa contrária ao comando constitucional, faz a sua representação argumentativa” (ALVES, 2011, p. 84).

(art. 146, III, *a*)¹¹, havendo o CTN sido expressamente recepcionado como norma geral tributária (art. 34, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT))¹², o que foi reconhecido pelo STF tanto no modelo constitucional anterior (BRASIL, 1986) como no atual (BRASIL, 2008b) e, do mesmo modo, compreendido pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) (BRASIL, 1997a).

Em outras palavras, o CTN foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988, com eficácia de lei complementar (SCHOUERI, 2011, p. 68), conservando sua competência para a disciplina das normas gerais de Direito Tributário, especialmente sobre os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes dos impostos discriminados na CRFB¹³. De todo modo, está-se diante de situação de reserva constitucional de lei complementar para as normas gerais de Direito Tributário, não cabendo falar em hierarquia entre lei complementar e lei ordinária.

Além disso, vale lembrar que o CTN opera como lei complementar geral definidora das normas gerais de Direito Tributário, sendo aplicado a todos os impostos discriminados na Constituição, sempre que não houver uma lei complementar específica para regular as normas gerais do imposto em questão. Essa distinção se faz necessária, pois nos casos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) (LC nº 87/1996) e do Imposto sobre Serviço de qualquer natureza (ISS) (LC nº 116/2003) (BRASIL, [2010], [2016a]), há leis complementares específicas, disciplinando suas normas gerais, especialmente os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Nesses casos, aplicam-se as leis complementares específicas em vez do CTN. Por outro lado, no caso do IOF, como não há lei complementar específica para disciplinar suas normas gerais, especialmente os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes, deve ser aplicado o CTN.

Como adverte Coêlho (1992, p. 124.), cabe ao CTN fazer com que a CRFB atue, resguardando o seu conteúdo, com função de tutela, com o

¹¹“Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes” (BRASIL, [2017a]).

¹²“Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. [...] § 3º Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto. § 4º As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição. § 5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos § 3º e § 4º” (BRASIL, [2017a]).

¹³Sobre o CTN, que só trataria de normas gerais de Direito Tributário, mas dispõe sobre conflitos de competência entre entidades tributantes ou regula as limitações constitucionais ao exercício da competência tributária, ver Carrazza (2004, p. 863).

limite de não poder alterá-la¹⁴. Isso decorre da opção constitucional, de um modelo federativo centralizado, que “pressupõe normas gerais com eficácia limitadora e especificadora” (ÁVILA, 2004, p. 137).

Relativamente às operações de crédito, o CTN dispôs que haverá a sua “efetivação pela entrega total ou parcial do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado” (art. 63, I) (BRASIL, [2013]). Nesse sentido, o CTN prevê que a base de cálculo do imposto é “o montante da obrigação, compreendendo o principal e os juros” (art. 64, I), podendo ser contribuinte do imposto “qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei” (art. 66) (BRASIL, [2013]).

Para evitar duplicidade, quando o IOF incide sobre operações de crédito (art. 64, I), está excluída a incidência sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários (art. 63, IV), nos moldes do art. 63, parágrafo único, do CTN (BRASIL, [2013])¹⁵. No âmbito doutrinário, quanto à alteração introduzida pelo art. 13 da Lei nº 9.779/1999, a sustentação inicial foi de que não competiria à lei ordinária reger fato gerador (hipótese de incidência) de impostos discriminados na CRFB, não sendo possível modificar o critério subjetivo que fora circunscrito pela lei complementar na construção da hipótese de incidência do IOF (CORDEIRO NETO, 2003, p. 24). Assim, a instituição da nova hipótese (tributo novo) deveria se dar no plano da competência residual da União, com observância do art. 154, I, da CRFB (CORDEIRO NETO, 2003, p. 27). Em outra perspectiva doutrinária, foi sustentado que o IOF-crédito incidiria apenas nas operações de crédito correspondentes a mútuos onerosos de recursos financeiros entre pessoas jurídicas, ou entre pessoa jurídica e pessoa física, não incidindo no “mútuo gratuito” (SEOANE, 2013, p. 41).

Observe-se que tanto o CTN como a CRFB se referem ao núcleo da materialidade do imposto por meio da expressão *operação*. E isso não é à toa, visto que o aspecto material do imposto ora investigado pressupõe necessariamente uma operação, que, no caso, tem por objeto crédito, câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários. Nesse sentido, antes de se investigar a natureza jurídica dos objetos em questão, é mister o esclarecimento do que venha a ser o núcleo da materialidade do imposto, ou seja, a operação.

¹⁴“A lei complementar, nessa espécie, é regra de atuação direta, ou seja, não complementa nem contém dispositivo constitucional, faz atuar a Constituição, logo que surge a situação conflituosa, de modo a resguardar a discriminação das fontes de receitas tributárias instituídas na Lei Maior. É lei de resguardo da Constituição, com função tutelar. Mas não pode alterar a tal pretexto a própria Constituição” (COELHO, 1992, p. 124).

¹⁵“Art. 63. [...] Parágrafo único. A incidência definida no inciso I exclui a definida no inciso IV, e reciprocamente, quanto à emissão, ao pagamento ou resgate do título representativo de uma mesma operação de crédito” (BRASIL, [2013]).

O termo *operação* não é um privilégio do IOF, uma vez que também é utilizado como núcleo da materialidade constitucionalmente aferível do ICMS e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) (FOSSATI, 2011, p. 83). A CRFB prevê a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir e cobrar imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (art. 155, II); com relação ao IPI, de competência da União, dispõe que o imposto será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (art. 153, IV, § 3º, II). A *operação*, elemento comum ao ICMS, ao IPI e ao IOF, pressupõe ato ou negócio jurídico, cujo objeto é a transmissão de um direito (de posse ou propriedade) (MELO, 2009a, p. 11).

No caso do ICMS, não é toda operação que é tributada, mas apenas aquela que tem por objeto a circulação de mercadoria, o que pressupõe a transferência da propriedade de um bem economicamente apreciável no mercado ou que circula economicamente. Disso decorre que esse bem deva ser objeto de atividade mercantil, isto é, exercida por comerciante. A mercancia, que pressupõe o objeto *mercadoria*, é atividade exercida com habitualidade no mercado, como definia o antigo Código Comercial. Assim, são tributados pelo ICMS os negócios jurídicos realizados por comerciantes (empresários, na linguagem do Código Civil – CC) (BRASIL, [2019]), ou seja, por sujeitos que vendem bens no mercado com habitualidade ou em caráter profissional.

Por outro lado, negócios realizados por particulares, sem implicar mercancia ou não sendo transacionados com habitualidade, não são fato gerador para o ICMS. Por exemplo, a venda de seu automóvel por um advogado para um médico não configura circulação de mercadoria, mas mera compra e venda de bem móvel, não sujeita ao ICMS, porque não praticada por comerciante (ou empresário do ramo de auto-

móveis). Da mesma forma, não há incidência de ICMS em operações não habituais de alienação de bens do ativo fixo (BRASIL, 1997b). Ainda, a título de reforço argumentativo, o ICMS não incide sobre a alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras (Súmula Vinculante nº 32) (BRASIL, 2011d). Neste último caso, o STF firmou entendimento, segundo o qual a alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras não é parte do seu objeto social, que está restrito à atividade securitária (BRASIL, 2011c). Mesmo que haja a venda dos salvados, ela não é feita com intuito comercial ou lucrativo.

No âmbito do IPI, o fato gerador, conforme sedimentado na doutrina, é a operação com produto industrializado. A realização da operação que tem por objeto produto industrializado (MELO, 2009b, p. 53) é que molda a tipicidade prevista na CRFB. Na operação, portanto, está o cerne da incidência do IPI, como consagrado constitucionalmente (ATALIBA; GIARDINO, 1986, p. 150).

Como regra, o contribuinte do IPI é o industrial (ou quem a lei a ele equiparar) e o comerciante de produtos sujeitos ao imposto, que os forneçam aos contribuintes industriais (art. 51 do CTN). Ou seja, contribuinte do IPI é o sujeito que realiza a operação com produto industrializado, assim entendido o negócio jurídico celebrado com *habitualidade* e/ou em *caráter profissional*, tendo como objeto um bem anteriormente elaborado.

Por fim, seria sustentável que o IOF também pressupõe a operação como núcleo da sua materialidade constitucionalmente aferível, no mesmo sentido que o ICMS e o IPI. Tanto a CRFB como o CTN, apesar de não condicionarem a cobrança do IOF às instituições financeiras, expressamente se referem às operações de crédito, entendidas como os negócios jurídicos celebrados por quem, pessoa física ou jurídica, de forma habitual ou profissional, faz de um

contrato de mútuo, por exemplo, sua atividade econômica principal ou secundária. As pessoas jurídicas que atuam profissionalmente com operações de crédito, a exemplo do mútuo oneroso, devem incluir no objeto social do seu ato constitutivo especificadamente as atividades econômicas que envolvem operações de crédito, mormente aquelas ligadas às instituições financeiras ou assemelhadas, com base nos códigos constantes da Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE), os quais servirão de referencial ao Fisco para as suas atividades de fiscalização e de lançamento tributário.

A propósito, o STF, ao julgar o RE nº 223.144/SP (BRASIL, 2002), decidiu ser constitucional o art. 1º, I, da Lei nº 8.033/1990 (BRASIL, [2007a]), quanto à incidência do IOF sobre as operações de transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, afastando a tese que sustentava tratar-se de imposto sobre o patrimônio, o que ofenderia o art. 154, I, da CRFB, que prevê a competência residual da União para instituir impostos mediante lei complementar. Observe-se que o fundamento da decisão foi o dispositivo estar em conformidade com a definição do fato gerador da modalidade do IOF contida no art. 63, IV, do CTN, que disciplina o art. 146, III, da CRFB.¹⁶

Fica nítido, portanto, que, para a operação de crédito ser objeto de uma relação negocial profissional, é necessário que uma das partes seja instituição financeira ou pessoa jurídica ou física que desenvolva atividade análoga à de instituição financeira, mesmo que de forma eventual, como previsto no art. 1º, I, da Lei nº 5.143/1966¹⁷. Essa lógica também é observada na Europa, onde há a preocupação de explorar tributariamente a capacidade econômica gerada nas operações financeiras. Mais precisamente, em setembro de 2011, a Comissão Europeia apresentou sua proposta de instituição de um imposto sobre operações financeiras (*Finanztransaktionssteuer*) nos 27 Estados-membros da União Europeia (EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2011).

¹⁶ É elucidativo o voto-condutor do relator, ministro Carlos Velloso: “Temos, no caso, o denominado Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, da competência da União – C.F., art. 153, V – incidente, segundo o inciso I do art. 1º da Lei nº 8.033/90, sobre a ‘transmissão ou resgate de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicação de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificado, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias’, certo que a incidência somente ocorrerá ‘sobre operações praticadas com ativos e aplicações, de cujo principal o contribuinte era titular em 16 de março de 1990’ (art. 2º, I, Lei nº 8.033/90. A Constituição Federal, art. 146, III, “a”, estabeleceu que cabe à lei complementar, no tocante aos impostos discriminados na Constituição, definir os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes [...] É de ver, portanto, que o art. 1º, I, da Lei nº 8.033/90, pôs-se de acordo com a definição do fato gerador do IOF contida no art. 63, IV, do CTN” (BRASIL, 2002, p. 634-635, grifos nosso).

¹⁷ “Art. 4º São contribuintes do imposto os tomadores de crédito e os segurados: I – no caso do inciso I do artigo 1º, a instituição financeira, referida no artigo 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que realiza a operação como supridora de valores ou crédito, ou efetua o desconto” (BRASIL, [1987]).

A proposta de um imposto europeu sobre operações financeiras pressupõe a tributação incidente sobre o intercâmbio de instrumentos financeiros entre bancos ou outras instituições financeiras. Esses instrumentos financeiros abrangem papéis negociáveis no mercado, empréstimos, ações e derivativos. *Instituições financeiras* incluem empresas que negociam papéis no mercado, instituições de crédito, seguradoras, fundos de investimento e fundos de *hedge*, financeiras e sociedades de propósitos financeiros específicos (EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2011)¹⁸. Contribuintes são apenas as instituições financeiras e instituições análogas: bancos, corretoras de valores mobiliários, seguradoras, corretores da bolsa de valores, fundos de pensão e fundos de investimento. O imposto incide sobre as operações realizadas com instrumentos financeiros, isto é, com contratos celebrados profissionalmente por instituições financeiras e análogas, as quais detêm autorização especial para operar como tais. É de se ressaltar que a Comissão Europeia (EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2011)¹⁹ deixa claro que o imposto não incide sobre a concessão de crédito via empréstimo (mútuo) por empresas que não são instituições financeiras ou análogas a elas²⁰.

A preocupação internacional expressa a repercussão do excesso inconstitucional exercido pelo Fisco, especialmente diante da política do Governo brasileiro de abertura de mercados e do grande esforço da iniciativa privada para atrair investimentos de empresas internacionais e multinacionais. Nesse sentido, a atuação contrária ao tratamento tributário internacional terminaria por afetar negativamente a confiança no modelo tributário nacional e, conseqüentemente, a integração do mercado brasileiro aos mercados mundiais.

O fundamento para justificar a aplicação do art. 13 da Lei nº 9.779/1999 às operações de crédito realizadas por empresas ou pessoa física, mesmo que não façam de seu objeto social ou atividade principal ou acessória a atuação no âmbito do crédito, é a decisão do STF tomada cautelarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.763-MC/DF (BRASIL, 1998, p. 95), relativamente às empresas de *factoring*:

IOF: incidência sobre operações de *factoring* (L. 9.532/97, art. 58): aparente constitucionalidade que desautoriza a medida cautelar. O âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito

¹⁸ Ver o Memorando nº 11/640 da Comissão Europeia, “Gemeinsame Regeln für eine Finanztransaktionssteuer – Häufig gestellte Fragen” (EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2011).

¹⁹ Do mesmo modo, ver o Memorando nº 11/640 da Comissão Europeia (EUROPÄISCHE KOMMISSION, 2011).

²⁰ Até o momento, os Estados-membros da União Europeia ainda não chegaram a um consenso sobre o projeto de criação desse imposto, razão pela qual ainda não o instituíram em suas legislações internas.

não se restringe às praticadas por instituições financeiras, de tal modo que, à primeira vista, a lei questionada poderia estendê-la às operações de *factoring*, quando impliquem financiamento (*factoring* com direito de regresso ou com adiantamento do valor do crédito vincendo – convencional *factoring*); quando, ao contrário, não contenha operação de crédito, o *factoring*, de qualquer modo, parece substantivar negócio relativo a títulos e valores mobiliários, igualmente susceptível de ser submetido por lei à incidência tributária questionada.

Nessa decisão, o STF consignou expressamente que o IOF incide nas operações de *factoring* por representarem operações de crédito que impliquem financiamento ou negócio relativo a títulos e valores mobiliários, e que isso decorre da natureza das atividades realizadas por essas empresas²¹.

Veja-se que, nessa decisão, o STF analisou, ainda que de forma preliminar, a constitucionalidade do art. 58 da Lei nº 9.532/1997²², relativa ao âmbito de incidência possível do IOF sobre a alienação de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo a quem exerce a atividade de *factoring* (operações de *factoring*, quando impliquem financiamento [*factoring* com direito de regresso ou com adiantamento do valor do crédito vincendo – convencional *factoring*], pois, mesmo que não contenha operação de crédito, o *factoring*, de qualquer modo, parece substantivar negócio relativo a títulos e valores mobiliários), sendo o seu sujeito passivo a empresa de *factoring* adquirente do direito creditório, cuja atividade é aquela especificamente apontada no art. 15, § 1º, III, d, da Lei nº 9.249/1995, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido:

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a re-

²¹ No voto do relator, ministro Sepúlveda Pertence, apesar de não apontado pelos demais ministros que se pronunciaram durante o julgamento nem referido na ementa do acórdão, foi consignado: “primeiro, que não há no CTN – e nem a Constituição o autoriza –, a restrição subjetiva das operações tributáveis pelo IOF àquelas praticadas pelas instituições financeiras; segundo, que, afora as operações de crédito *stricto sensu*, igualmente se poderiam sujeitar por lei ao mesmo imposto outras operações quaisquer, relativas à ‘emissão, transmissão, pagamento ou resgate’ de títulos e valores mobiliários” (BRASIL, 1998, p. 104). É oportuno reiterar que não deve ser desconsiderado o fundamento da inexistência de restrição, no CTN e na CRFB, de que as operações tributáveis pelo IOF sejam aquelas praticadas por instituições financeiras, porém, como desenvolvido no decorrer da presente análise, a compreensão da questão parece residir na natureza da atividade desenvolvida tanto por pessoa jurídica como por pessoa física e no seu caráter profissional ou não.

²² “Art. 58. A pessoa física ou jurídica que alienar, à empresa que exercer as atividades relacionadas na alínea ‘d’ do inciso II do § 1º do art. 15 da Lei nº 9.249, de 1996 (*factoring*), direitos creditórios resultantes de vendas a prazo, sujeita-se à incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos e valores mobiliários – IOF às mesmas alíquotas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimo praticadas pelas instituições financeiras. § 1º O responsável pela cobrança e recolhimento do IOF de que trata este artigo é a empresa de *factoring* adquirente do direito creditório. § 2º O imposto cobrado na hipótese deste artigo deverá ser recolhido até o terceiro dia útil da semana subsequente à da ocorrência do fato gerador” (BRASIL, [2016c]).

ceita bruta auferida mensalmente, observado o disposto no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, deduzida das devoluções, vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, sem prejuízo do disposto nos arts. 30, 32, 34 e 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. § 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de: [...]; III – trinta e dois por cento, para as atividades de: [...] d) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*) (BRASIL, [2015b]).

No entanto, a decisão do STF que considerou a atividade de *factoring* sujeita ao IOF (operações de *factoring*, quando impliquem financiamento), mesmo que não contenha operação de crédito, assim o fez em virtude do *factoring* consistir em operação relativa a títulos e valores mobiliários (art. 153, V, da CRFB). O fundamento dessa decisão não pode ser estendido para o mútuo celebrado entre particulares, que não consiste nem em operação relativa a títulos e valores mobiliários, e muito menos caracteriza operação de crédito, pois o mútuo celebrado não é objeto de relação negocial profissional, como exigido pelo comando constitucional (art. 153, V) e pela norma geral tributária (art. 64, I, do CTN), já que nenhuma das partes é instituição financeira ou pessoa jurídica ou física que desenvolva atividade análoga à de instituição financeira, mesmo que de forma eventual.

Nesse sentido, a finalidade do art. 13 da Lei nº 9.779/1999 – ampliar a incidência do IOF-crédito para equiparar as instituições financeiras às pessoas jurídicas ou físicas – somente pode ser dirigida às empresas que, apesar de exercerem outras atividades econômicas, acabam por praticar, mesmo que esporadicamente ou de forma acessória, *atividade financeira* (v.g., empresas que ofereçam o financiamento dos bens fornecidos ou dos serviços por elas prestados, empresas que concedam empréstimos a seus funcionários e colaboradores, ou mesmo para terceiros etc.). Com isso, fica claro ser indevida a extensão buscada pela União, que pretende tributar *fato econômico*, com finalidade unicamente arrecadatória, conforme assumido pelo Ministro da Fazenda na Exposição de Motivos da Medida Provisória (MP) nº 1.788/1998 (BRASIL, 1999a), cuja conversão resultou na Lei nº 9.779/1999²³.

Mesmo não sendo objeto desta análise, é oportuno referir que há um esforço doutrinário para distinguir o contrato de mútuo da hipótese

²³ “A norma constante do art. 13 objetiva estender a incidência do IOF às operações de mútuo de recursos financeiros, praticadas entre pessoas jurídicas em geral, ou entre essas e pessoas físicas, centrando-se a referida incidência ao *fato econômico*, independente da atividade exercida pela mutuante” (BRASIL, 1999a, p. 782).

de conta corrente entre empresas (MOREIRA; GAIA, 2015, p. 36)²⁴, já que o Fisco, logo após a publicação da Lei nº 9.779/1999, editou o Ato Declaratório SRF nº 7, de 22 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999b, grifos nossos), estabelecendo que o IOF incide no caso de “mútuo entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física, *sem prazo*, realizado por meio de *conta corrente*” (item 1). Essa previsão foi posteriormente revogada e substituída pela IN/RFB nº 907, de 9 de janeiro de 2009 (BRASIL, [2018b]), porém manteve o entendimento de que incide “nas operações de crédito realizadas por meio de conta corrente”, além de especificar que sendo o crédito concedido “sem definição do valor de principal”, a base de cálculo será “o somatório dos saldos devedores diários, apurado no último dia de cada mês” (art. 7º, § 2º).

Nessa perspectiva, mesmo abstraindo o debate entre as correntes da autonomia e da superposição do Direito Tributário²⁵, utilizado pela doutrina para fundamentar o equívoco interpretativo²⁶, é indicativo de excesso do Fisco estender a cobrança do IOF por meio de norma

²⁴ “Inobstante, a mais relevante distinção entre os contratos em análise reside na causa da celebração do negócio jurídico. A razão última do contrato de mútuo traduz-se em permitir o uso temporário de bem fungível pelo mutuário, com a obrigação de devolver coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade. Por outro lado, o contrato de conta corrente tem como escopo organizar uma relação continuativa entre correntistas, com espeque na solidariedade empresarial e por meio de operações financeiras recíprocas que serão liquidadas somente no momento de sua finalização” (MOREIRA; GAIA, 2015, p. 36).

²⁵ Em relação aos conceitos tributários, existem basicamente duas correntes. Para a corrente da superposição ou do “primado do Direito Tributário”, o legislador tributário não pode alterar os conceitos construídos pelos demais ramos do Direito: o Direito Tributário é um Direito de superposição ou de justaposição. Por sua vez, a corrente da autonomia do Direito Tributário apresenta as teses rotuladas de “interpretações econômicas”, que em suas bases mais radicais não receptionam qualquer conceito prévio e sustentam a significação específica dos signos tributários, quer por expressarem uma substância econômica, quer por traduzirem um conceito alterado pelo Direito Tributário.

²⁶ Com maior especificidade, na perspectiva da vinculação do legislador tributário do art. 13 da Lei nº 9.779/1999 ao contrato típico de mútuo definido pelo Direito Privado, que

infraregal, que apenas poderia ser para aplicação, e nunca para criação ou modificação de lei, na hipótese de lançamento de débitos e créditos entre contas correntes de empresas do mesmo grupo econômico, sem que surja qualquer relação creditícia. Para Santos (2014, p. 147, grifos do autor), “a causa do negócio jurídico de conta corrente não repousa no elemento *fidúcia*, mas, sim, na necessidade de *cooperação*, que justifica a reunião de esforços e a realização de movimentos financeiros pautados pela necessidade de gestão eficiente do caixa”. Nas palavras de Miranda (1984, p. 119-120, grifos do autor), pelo “contrato de conta corrente, nenhum dos figurantes se vincula a prestar dinheiro, ou outro bem”, pois “apenas se promete escriturar os créditos decorrentes de operações em que os figurantes sejam titulares”, de modo que “pelo contrato de conta corrente, não se *mutua*, nem se *abre crédito*”, com isso consistindo em algo bem diverso de um contrato de mútuo (arts. 586 a 592 do CC²⁷) (BRASIL, [2019]), podendo ser conceituado como um “contrato pelo qual os figurantes se vinculam a que se lancem e se anatem, em conta, os créditos e débitos de cada um para com o outro, só se podendo exigir o *saldo* ao se fechar a conta”.

O precedente do STJ sobre esse ponto, firmado no REsp nº 1.239.101/RJ (BRASIL, 2011b), além de não fazer essa distinção, no caso concreto tratou de hipótese diversa, de mútuo na modalidade *abertura de crédito*, que, para a doutrina, ainda requer o amadurecimento nos tribunais

impede a incidência do IOF sobre outros negócios jurídicos, como o contrato de conta corrente, ver Santos (2014, p. 149).

²⁷ “Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. [...] Art. 592. Não se tendo convenicionado expressamente, o prazo do mútuo será: I – até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para sementeira; II – de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro; III – do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível” (BRASIL, [2019]).

superiores, quer pelo contrato de conta corrente não se caracterizar como contrato de mútuo, quer por não se identificar com operação de contrato de crédito (NOVAIS; BEHRNDT, 2012, p. 152).

Para o TRF/3ª Região, não havia ilegalidade no Ato Declaratório nº 7/1999, pois não havia sido criada nova obrigação tributária, limitando-se a explicitar o sentido da norma:

TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IOF EM OPERAÇÕES DE MÚTUO ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 9.779/1999 E ILEGALIDADE DA IN 07/99 AFASTADAS. APELAÇÃO IMPROVIDA. I – A operação de mútuo entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico subsume-se à hipótese de incidência do imposto sobre operações financeiras. II – É sujeito passivo qualquer um que participe da operação econômica tributada, remetendo o CTN à legislação tributária, a definição deste, para cada espécie tributária, o que ocorreu com a edição da Lei n. 9779/1999. III – Ilegalidade da IN 07/1999 descaracterizada, tendo em vista que não criou obrigação tributária ex novo, limitando-se a explicitar o sentido da norma. IV – Apelação desprovida (BRASIL, 2008d, p. 6).

Entretanto, inicialmente a 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) decidiu que

[o]s recursos financeiros das empresas controladas que circulam nas contas da controladora não constituem de forma automática a caracterização de mútuo, pois dentre as atividades da empresa controladora de grupo econômico está a gestão de recursos, por meio de conta corrente, não podendo o Fisco constituir uma realidade que a lei expressamente não preveja. Recurso Voluntário Provido (BRASIL, 2012a, p. 1).

Distinguiu, pois, as hipóteses do contrato de mútuo e do contrato de conta corrente, não havendo no último a concessão de empréstimo, mas apenas a disponibilização de recursos financeiros para as empresas do mesmo grupo, sem a fixação de parte devedora ou credora, ao passo que no mútuo o credor empresta coisa fungível ao devedor, com prazo e nas condições preestabelecidas. No entanto, em recurso oposto a esse julgado, a Câmara Superior do Carf reformou a decisão, fixando que “[a] disponibilização e/ou a transferência de créditos financeiros a outras pessoas jurídicas, ainda que realizadas, sem contratos escritos, mediante a escrituração contábil dos valores cedidos e/ou transferidos, constitui operação de mútuo sujeita à incidência de IOF” (BRASIL, 2017d, p. 1). Tal decisão bem expressa o excesso do Fisco (BRASIL, 2006)²⁸.

²⁸“TRIBUTÁRIO. IOF. EXECUÇÃO DE CONTRATO DE GERENCIAMENTO DE RECURSOS FINANCEIROS. NÃO INCIDÊNCIA. Não incide IOF em relação à execução

3 Exercício de atividade financeira

Na perspectiva da Exposição de Motivos da MP nº 1.788/1998 (BRASIL, 1999a) e da decisão cautelar do STF na ADI nº 1.763-MC/DF (BRASIL, 1998), o art. 13 da Lei nº 9.779/1999 deve ser lido relativamente às operações de crédito realizadas por empresas ou pessoa física que tenham por objeto social ou façam da sua atividade principal ou acessória a atuação no âmbito do crédito (v.g., empresas que financiem seus bens ou serviços, ou que emprestem valores aos seus funcionários ou colaboradores, ou até para terceiros etc.), o que pode se dar sem a participação de instituição financeira propriamente dita, ou quando se configure atividade análoga à de instituição financeira, como é o caso das empresas de *factoring*.

No âmbito dos tribunais, o STJ (BRASIL, 2003a)²⁹ decidiu que a Lei nº 9.779/1999 estabeleceu, como hipótese de incidência do IOF, o mútuo no contexto do art. 66 do CTN, incidindo a nova lei inclusive sobre os resultados de aplicações realizadas anteriormente.

O TRF/1ª Região entendeu que, quanto ao imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, o art. 153, V, da CRFB não condicionou a validade dessa exclusão à utilização do imposto apenas com finalidade extrafiscal e que a Lei nº 9.779/1999 não invadiu matéria reservada à lei complementar:

1. Ao excluir a observância dos princípios da legalidade e da anterioridade (arts. 150, § 1º; e 153, § 1º), quanto ao imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (art. 153, V), a Constituição Federal não condicionou a validade dessa exclusão à utilização desse imposto apenas com finalidade extrafiscal, não sendo permitido ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu. 2. A Lei 9.779/1999 não invade matéria reservada à Lei Complementar. 3. Dessa forma, é constitucional o artigo 13 da Lei 9.779/99 que sujeitou as operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física à incidência do IOF segundo as normas aplicáveis às operações de financiamento e empréstimos praticadas pelas instituições financeiras, ainda que a finalidade dessa norma seja puramente fiscal. 4. Apelação não provida (BRASIL, 2011e, p. [1]).

de contrato de gerenciamento de recursos financeiros, em que a contratada tem como atribuição apenas a administração dos recursos da contratante, sem a realização de operações de crédito. A remuneração mensal pelo gerenciamento é mera contraprestação aos serviços prestados” (BRASIL, 2006).

²⁹ “TRIBUTÁRIO – IOF – INCIDÊNCIA SOBRE MÚTUO NÃO MERCANTIL – LEGALIDADE DA LEI 9.779/99. 1. A lei 9.779/99, dentro do absoluto contexto do art. 66 CTN, estabeleceu, como hipótese de incidência do IOF, o resultado de mútuo. 2. Inovação chancelada pelo STF na ADIN 1.763/DF (Rel. Min. Pertence). 3. A lei nova incide sobre os resultados de aplicações realizadas anteriormente. 4. Recurso especial improvido” (BRASIL, 2003a, p. 1).

O TRF/2ª Região adotou posição semelhante:

A Lei 9779/96 não é inconstitucional, uma vez que não invade campo reservado à Lei Complementar, fazendo referência ao campo de tributo já previsto no CTN, não criando novo tributo, fatos geradores ou bases de cálculo. Assim, a hipótese de incidência do IOF prevista no art. 13 da Lei 9779/96. Apelação desprovida (BRASIL, 2003b).

O TRF/4ª Região, na decisão que motivou o reconhecimento da repercussão geral pelo STF no RE nº 590.186/RS, apontou que a CRFB não exige que o contrato de mútuo seja celebrado com instituição financeira:

A Constituição não exige que o contrato de mútuo seja celebrado com instituição financeira, o que, inclusive, já restou afirmado pelo STF quando, inobstante entendimentos doutrinários em contrário, apontou, ainda que em sede cautelar, a constitucionalidade da incidência do IOF Crédito sobre operações de *factoring*. A primeira lei instituidora do então IOF limitara o âmbito de incidência às operações praticadas por operações financeiras, o que não restou estabelecido constitucionalmente, tampouco no CTN, de modo que não há mesmo impedimento a que o legislador ordinário faça incidir sobre operações de crédito entre outras pessoas (BRASIL, 2007b).

O TRF/5ª Região (BRASIL, 2011f) fixou que o IOF tem fundamento de validade no art. 153, V, da CRFB, e que o § 1º aponta o seu caráter de extrafiscalidade, servindo de instrumento de política monetária, cujos aspectos quantitativos podem ser alterados pelo Executivo, de modo que outras operações de crédito, além daquelas realizadas por instituições financeiras, sejam tributadas pelo IOF. Foi o que ocorreu com o art. 13 da Lei nº 9.779/1999, que estendeu a

incidência às operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física:

1. Preliminar de ilegitimidade *ad causam* que se rejeita, em razão de a empresa impetrante, na qualidade de tomadora do crédito, ser considerada como o contribuinte do IOF, nos termos do art. 4º do Decreto nº 6.306/2007. 2. O IOF tem fundamento de validade no artigo 153, V, da CF, que, em seu parágrafo 1º, aponta o seu caráter de extrafiscalidade, servindo de instrumento de política monetária. 3. Em assim sendo, os seus aspectos quantitativos podem ser alterados pelo Poder Executivo, de modo que outras operações de crédito, além daquelas realizadas por instituições financeiras, sejam tributadas pelo IOF, o que ocorreu com a edição da Lei nº 9.779/99, que, em seu art. 13, estendeu sua incidência às operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física. Precedente. 4. Apelação improvida (BRASIL, 2011f, p. [1]).

O fundamento comum dessas decisões é que a constitucionalidade da inovação do art. 13 da Lei nº 9.779/1999 já teria sido afirmada pelo STF na ADI nº 1.763-MC/DF, quando reforçou, mesmo que em decisão cautelar, a constitucionalidade da incidência do IOF-crédito sobre operações de *factoring*.

Como ponto de partida, deve-se considerar que a Lei nº 5.143/1966 (BRASIL, [1987]), em seu art. 1º, I, dispõe que o sujeito passivo do imposto é “a instituição financeira que realiza operação supridora de valores ou crédito, ou efetua o desconto”. Por sua vez, o art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (“Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”), assim define as instituições financeiras:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual (BRASIL, [2017b]).

Além de apontar como instituições financeiras as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros, o dispositivo a elas equipara as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas de forma permanente ou eventual.

No mesmo sentido, a tutela penal do Sistema Financeiro Nacional, prevista no art. 1º da Lei nº 7.492/1986 identifica, de forma clara, a instituição financeira:

Art. 1º. Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcios, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II – a pessoa natural que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual (BRASIL, [2017c]).

Nessa perspectiva, pratica o ilícito penal de operar instituição financeira sem autorização do Banco Central (art. 16 da Lei nº 7.492/1986)³⁰ não somente pessoa jurídica, mas também pessoa natural que se equipare a instituição financeira, desde que pratique alguma das condutas próprias de instituição financeira previstas no art. 1º da Lei nº 7.492/1986, por tratar-se de norma de conceituação (ALVES, 2006, p. 118)³¹.

Não é por outra razão que o art. 153, V, da CRFB tratou das “operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários” (BRASIL, [2017a]), todas no capítulo do Sistema Tributário Nacional, de modo a determinar a sujeição passiva do tributo àqueles que operam no âmbito do Sistema Financeiro e dele fazem sua atividade, mesmo que eventual.

Acaso não fosse esse o escopo do Constituinte, certamente os conteúdos do inc. V do art. 153 da CRFB seriam tratados de forma desmembrada, enumerando cada instituto em alínea específica (v.g., operação de crédito, realizada por instituição financeira ou por quem exerça atividade equiparada à de instituição financeira, fiscalizada pelo Bacen; operação de câmbio, realizada por instituição fiscalizada pelo Bacen; operação de seguro, realizada por instituição fiscalizada pela Susep; operações relativas a títulos ou valores mobiliários, cuja captação de recursos é intermediada por instituições fiscalizadas pela CVM), de modo que não há que se falar em incidência

³⁰ Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena – Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa” (BRASIL, [2017c]).

³¹ “O artigo 16 deve ser interpretado em combinação com o artigo 1º da Lei nº 7.492/1986, pois o artigo inaugural da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, além de conceituar o que seja instituição financeira, exemplifica condutas executadas por quem opera instituição financeira que desempenha atividades financeiras, podendo-se dizer que é uma norma explicativa, a qual possui a função de explicitar um conceito, que pode refletir na própria tipicidade” (ALVES, 2006, p. 118).

de IOF sobre mútuo eventual, efetuado por pessoa jurídica ou física que não exerça atividade principal ou acessória equiparada à de instituição financeira, nem preveja tais atividades em seu objeto social ou atividade principal ou acessória, nem sequer de modo eventual.

O fato de informar ao Fisco operação de mútuo, sem que uma das partes seja instituição financeira ou equipada à instituição financeira nem tenha a atividade financeira como seu objeto social e não faça dela sua atividade principal ou acessória, é ato de lealdade e lisura tributária, que não pode ser tomado para a penalização do contribuinte leal, pois caso haja algum desvirtuamento do objeto social do autor do mútuo, é necessário que seja identificada falta de recolhimento do IOF e até a burla à Lei do Sistema Financeiro, inclusive para fins penais.

Não houvesse a obediência ao princípio da legalidade estrita (CARRAZZA, 2004, p. 235-236)³², segundo o qual somente pode ser cobrado tributo diante de expressa previsão constitucional (art. 150, I, da CRFB)³³ e conforme os contornos da lei geral tributária (CTN), frente à ausência de expressa proibição de incidência de IOF além das instituições financeiras ou de pessoas jurídicas ou físicas que desenvolvam, mesmo que esporadicamente, a atividade principal ou acessória análoga à instituição financeira, o Fisco poderia exigir tributo no âmbito do poder regulamentar e interpretativo (Decreto nº 6.306, de 14/12/2007, art. 2º, I, c)³⁴. Isso seria verdadeira inversão da lógica (se não proibida, a ação estatal estaria autorizada, o que é próprio dos regimes autocráticos), pois o regime jurídico para o Estado é da atividade vinculada (o Estado somente pode atuar mediante o que está autorizado), ao passo que para os

³² Carrazza (2004, p. 235-236, grifo nosso) já apontava que o princípio da legalidade não apenas exige uma *lei material* (preeminência da lei), mas que cada ato concreto do Fisco esteja autorizado em lei, nominado *reserva absoluta de lei formal* (Alberto Xavier) ou *estrita legalidade* (Geraldo Ataliba): “o princípio da legalidade, no pertinente à instituição ou ao aumento de tributos, manifesta-se, entre nós, como *princípio da reserva absoluta da lei formal*, entendido no sentido de que a lei ordinária (federal, estadual, municipal ou distrital), necessariamente minuciosa, [...] deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério de decisão no caso concreto, de modo que esta possa ser obtida [...] por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato da norma, independentemente de qualquer valoração pessoal”. Xavier (1978, p. 17) afirma que a *tipicidade* se manifesta como reserva absoluta da lei: “O princípio da tipicidade não é, ao contrário do que uns já sustentaram, um princípio autônomo ao da legalidade; antes é a expressão mesma deste princípio quando se manifesta na forma de uma reserva absoluta de lei, ou seja, sempre que se encontra construído por estritas considerações de segurança jurídica”. Do mesmo modo destaca Paulsen (2008, p. 88): “A legalidade tributária implica, pois, reserva absoluta de lei, também designada de legalidade estrita”.

³³ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (BRASIL, [2017a]).

³⁴ Art. 2º O IOF incide sobre: I – operações de crédito realizadas: [...] c) entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e pessoa física (Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 23)” (BRASIL, [2018a]).

privados vigora o regime da liberdade (se não está ordenada ou proibida, a conduta está liberada).

4 Natureza extrafiscal do imposto

A CRFB atribui ao IOF natureza extrafiscal, o que é identificável pela sua dispensa de anterioridade (art. 150, § 1º)³⁵, além de facultar a modificação de suas alíquotas por ato do Executivo (art. 153, § 1º)³⁶.

Para Becker (1998, p. 587), a extrafiscalidade decorre do fato de o tributo não ter como principal finalidade a arrecadação, mas ser um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia³⁷, com o que concorda Carvalho (2009, p. 246), ao afirmar que na extrafiscalidade se utilizam “fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatários de recursos monetários”.

Como um dos principais objetivos da extrafiscalidade é intervir no domínio econômico, buscando efeitos distintos da mera arrecadação de recursos (MACHADO, 2007, p. 68), utiliza-se um instrumento tributário próprio do mercado financeiro para estimular ou desestimular comportamentos em prol de interesses da coletividade (CÁRNIO, 2015, p. 61)³⁸. Mesmo Coêlho (1992, p. 205, grifo do autor), que não concorda com a delegação dessa atribuição ao Executivo, aponta sua especificidade no mercado financeiro:

Simplemente, passou a ter suas alíquotas alteradas pelo Poder Executivo através de simples atos administrativos, sem acatar submissão, na *majoração*, aos princípios da legalidade e da anterioridade, ao argumento de que é instrumento hábil de extrafiscalidade na área do mercado financeiro, tese com a qual não concordamos, *data venia* das opiniões em contrário.

³⁵ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] § 1º A vedação do inciso III, ‘b’, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, ‘c’, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I” (BRASIL, [2017a]).

³⁶ “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] § 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V” (BRASIL, [2017a]).

³⁷ “A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de *arrecadação* de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de *intervenção* estatal no meio social e na economia privada” (BECKER, 1998, p. 587, grifos do autor).

³⁸ “Poder-se-ia conceituá-lo como a intervenção do Estado no contexto social e econômico por meio da matéria tributária, com o objetivo de estimular ou desestimular determinados comportamentos, com vistas a preservar o interesse coletivo” (CÁRNIO, 2015, p. 61).

Nessa perspectiva, no exercício da pretensão extrafiscal, o ente tributante encontra limites na sua competência impositiva (CARVALHO, 2000, p. 233)³⁹, incidindo em inconstitucionalidade a atuação do Fisco que exceda os limites da competência tributária impositiva, como fica evidenciado no mútuo praticado entre pessoas jurídicas ou pessoa jurídica e pessoa física que não tenham a atividade financeira como seu objeto social, nem a exerçam como atividade principal ou acessória, nem de modo eventual, pois não fazem das finanças sua atuação profissional, não são instituição financeira e não desenvolvem atividade análoga à de instituição financeira, nem mesmo de forma acessória ou eventual.

O IOF é o imposto disponibilizado à União para utilização como instrumento de política monetária, para controlar o fluxo financeiro e a inflação, como instrumento de política cambial, na regulação do fluxo de divisas remetidas para o exterior e a entrada de dinheiro estrangeiro no País, além de ferramenta de controle de outras variáveis macroeconômicas (CÁRNIO, 2015, p. 156)⁴⁰, o que justifica a flexibilidade e dinamismo na mudança de suas alíquotas, sem sequer considerar o princípio da anterioridade, porém dentro dos limites máximos prévia e legalmente fixados (v.g., art. 1º da Lei nº 8.894/1994)⁴¹.

³⁹ “Significa, portanto, que, ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro de parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria” (CARVALHO, 2000, p. 233).

⁴⁰ “A exceção do IOF do princípio da anterioridade, previsto no artigo 150, § 1º, decorre de sua característica eminentemente extrafiscal, ou seja, é utilizado pelo Estado com o intuito de atuar em política monetária, cambial, e outras importantes variáveis macroeconômicas, cuja intervenção, para que seja eficiente, necessita de flexibilidade e dinamismo” (CÁRNIO, 2015, p. 156).

⁴¹ “Art. 1º O Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários será cobrado à alíquota máxima de 1,5% ao dia, sobre o valor das operações de crédito e relativos a títulos e valores mobiliários. § 1º No caso de operações envolvendo contratos derivativos, a alíquota máxima é de 25% (vinte e cinco por

No âmbito da política monetária, é exemplificativo o Decreto nº 6.691, de 11 de dezembro de 2008 (BRASIL, 2008a), que reduziu de 0,0082% para 0,0041% ao dia a alíquota dos empréstimos para pessoas físicas, com o objetivo de voltar a dar acesso às linhas de crédito e estimular a economia. Passados mais de sete anos, com o imperativo de combater os elevados índices de inflação, o Decreto nº 8.392, de 20 de janeiro de 2015 (BRASIL, 2015a), restabeleceu a alíquota dos empréstimos para pessoas físicas para 0,0082% ao dia.

A utilização do IOF com mera finalidade arrecadatória viola a sua natureza extrafiscal, pois se a referida incidência estiver centrada no *fato econômico*, independentemente da atividade exercida por aquele que concede o mútuo, estará pervertida a sua vocação de instrumento de intervenção estatal na política econômica, como é explicitamente identificável na Exposição de Motivos apresentada pelo Ministro da Fazenda:

A norma constante do art. 13 objetiva estender a incidência do IOF às operações de mútuo de recursos financeiros, praticadas entre pessoas jurídicas em geral, ou entre essas e pessoas físicas, centrando-se a referida incidência ao *fato econômico*, independente da atividade exercida pela mutuante (BRASIL, 1999a, p. 782, grifo nosso).

Assim, diante da previsão do art. 153, V, da CRFB, há inconstitucionalidade material qualitativa (sem redução de texto) na aplicação ampliada do art. 13 da Lei nº 9.779/1999 e do art. 2º, I, c, do Decreto nº 6.306/2007, o que não leva à anulação da lei nem à redução de seu texto, mas apenas restringe o conteúdo da aplicação normativa que afronta a CRFB, relativamente

cento) sobre o valor da operação. § 2º O Poder Executivo, obedecidos os limites máximos fixados neste artigo, poderá alterar as alíquotas tendo em vista os objetivos das políticas monetária e fiscal” (BRASIL, [2016b]).

às operações de crédito realizadas por pessoas jurídicas ou por pessoa jurídica e pessoa física que não tenham por objeto social e não façam da sua atividade principal ou acessória a atuação no âmbito do crédito. A incidência do art. 13 da Lei nº 9.779/1999 somente poderá se dar, caso configurada atividade análoga à de instituição financeira (BRASIL, 2016e)⁴².

Considerações finais

Acerca da possibilidade de incidência do IOF, especialmente em relação às operações de crédito sobre contratos de mútuo, não há, na CRFB ou no CTN, ao discorrerem sobre o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes do imposto, qualquer menção de que o tributo possa ser alargado além das instituições financeiras ou das pessoas jurídicas ou físicas que desenvolvam, mesmo que esporadicamente, a atividade principal ou acessória análoga à de instituição financeira. No âmbito tributário se aplica o princípio da legalidade estrita (art. 150, I, da CRFB), de modo que somente pode ser cobrado tributo diante de expressa previsão constitucional e segundo os contornos dados pela norma geral tributária.

O STF, ao apontar, na medida cautelar da ADI nº 1.763-MC/DF, a constitucionalidade do art. 58 da Lei nº 9.532/1997 relativamente à alienação de direitos creditórios resultantes de vendas a prazo, entendeu que a norma é dirigida a quem exerce a atividade de *factoring* sujeita ao IOF (operações de *factoring*, quando impliquem financiamento), mesmo que não contenha operação de crédito, pois o *factoring* consiste em operação relativa a títulos e valores mobiliários (art. 153, V, da CRFB). Contudo, esse fundamento não pode ser estendido para o mútuo celebrado entre particulares, que não consiste nem em operação relativa a títulos e valores mobiliários, nem caracteriza operação de crédito, pois o mútuo celebrado não é objeto de relação negocial profissional, como exigido pelo art. 153, V, da CRFB e pelo art. 64, I, do CTN, já que nenhuma das partes é instituição financeira ou pessoa jurídica ou física que desenvolva atividade análoga à de instituição financeira, mesmo que de forma eventual.

⁴² Foi essa a conclusão do *Parquet*, em Parecer apresentado em processo no qual a matéria foi objeto de recurso do contribuinte: “Diante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do apelo, pois diante da previsão do inc. V do art. 153 da Constituição, há inconstitucionalidade material qualitativa (sem redução de texto) ao aplicar o art. 13 da Lei nº 9.779/1999 e o art. 2º, inc. I, alínea ‘c’, do Decreto nº 6.306, de 14.12.2007, às operações de crédito realizadas por empresas ou pessoa física que não fazem de seu objeto social ou atividade principal ou acessória, a atuação no âmbito do ‘crédito’, cuja incidência somente poderá se dar acaso configurada atividade análoga à de instituição financeira, como decidido relativamente às empresas de ‘Factoring’ pelo STF na ADI nº 1.763 MC/DF Porto Alegre/RS, 3 de agosto de 2017. *Procurador Regional da República Waldir Alves*” (BRASIL, 2017e, p. 12-13, grifo do autor).

Na perspectiva da Exposição de Motivos da MP nº 1.788/1998, convertida na Lei nº 9.779/1999, e da decisão cautelar tomada pelo STF na ADI nº 1.763 MC/DF, o art. 13 da Lei nº 9.779/1999 deve ser lido relativamente às operações de crédito realizadas por pessoas jurídicas ou pessoa física que tenham por objeto social ou façam da sua atividade principal ou acessória a atuação no âmbito do crédito (v.g., empresas que financiem seus bens ou serviços ou que emprestem valores aos seus funcionários ou colaboradores, ou até para terceiros etc.), o que pode se dar sem a participação de instituição financeira propriamente dita, ou quando se configure atividade análoga à de instituição financeira, como é o caso das empresas de *factoring*.

A finalidade do art. 13 da Lei nº 9.779/1999, ao ampliar a incidência do imposto equiparando as instituições financeiras às pessoas jurídicas ou físicas, somente pode ser dirigida às empresas que, apesar de exercerem outras atividades econômicas, acabam por praticar, mesmo que esporadicamente ou de forma acessória, *atividade financeira*. A utilização do IOF-crédito com mera finalidade arrecadatória violaria sua natureza extrafiscal. Se a incidência estiver centrada no *fato econômico*, independentemente da atividade exercida por aquele que concede o mútuo, nos moldes preconizados pela Exposição de Motivos da MP nº 1.788/1998, estará pervertida a sua vocação de instrumento de intervenção estatal na política econômica, pois o exercício da pretensão extrafiscal do ente tributante encontra limites na sua competência impositiva (art. 150, § 1º, c/c o art. 153, § 1º, da CRFB). Diante da previsão do art. 153, V, c/c o art. 150, I, § 1º, e o art. 153, § 1º, da CRFB, trata-se de inconstitucionalidade material qualitativa (sem redução de texto) a aplicação ampliada do art. 13 da Lei nº 9.779/1999 e do art. 2º, I, c, do Decreto nº 6.306/2007, incidindo o art. 13 da Lei nº 9.779/1999 somente quando configurada atividade análoga à de instituição financeira, mesmo que de forma eventual, como previsto no art. 1º, I, da Lei nº 5.143/1966.

A fixação dos limites da imposição tributária repercute também nas relações internacionais do País. Tratar o IOF de forma distinta do modelo internacional poderá afetar a atual política de integração do mercado brasileiro aos mercados mundiais e o empenho da iniciativa privada em atrair investimentos de empresas internacionais e multinacionais, já que o modelo de imposto (*Finanztransaktionssteuer*) que vem sendo debatido pelos Estados-Membros da União Europeia adota a perspectiva de somente incidir sobre contratos celebrados profissionalmente por instituições financeiras e análogas, com autorização estatal para operar como tais. É clara a posição da Comissão Europeia de que o imposto não deve incidir sobre a concessão de crédito via empréstimo (mútuo) por empresas que não sejam instituições financeiras ou análogas a elas, e muito menos por pessoas físicas.

Sobre os autores

Gustavo Fossati é doutor em Direito Tributário pela Universidade de Münster, Alemanha; professor adjunto pesquisador da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; advogado tributarista e parecerista.

E-mail: gustavo.fossati@fgv.br

Waldir Alves é doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da Escola Superior do Ministério Público da União, Porto Alegre, RS, Brasil; procurador regional da República, Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: alveswaldir@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

FOSSATI, Gustavo; ALVES, Waldir. IOF sobre contratos de mútuo com quem não desenvolve atividade financeira ou análoga. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 235-263, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p235

(APA)

Fossati, G., & Alves, W. (2019). IOF sobre contratos de mútuo com quem não desenvolve atividade financeira ou análoga. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 235-263. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p235

Referências

ALVES, Waldir. Captação ou administração de câmbio por instituição financeira que opere sem autorização do Banco Central do Brasil. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (org.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos da Lei n. 7492/1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 113-127.

_____. Direito fundamental do cidadão de acesso à jurisdição constitucional. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da (org.). *Direito e política: divergências e convergências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. (Coleção ANPR de Direito e Democracia). p. 83-106.

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. Hipótese de incidência do IPI. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 147-151, jul./set. 1986.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03*. São Paulo: Saraiva, 2004. Originalmente apresentado como tese de doutorado, Faculdade de Direito da Ludwig-Maximilians-Universität de Munique.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto nº 6.691, de 11 de dezembro de 2008*. Dá nova redação ao art. 7º do Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2008/decreto-6691-11-dezembro-2008-584753-publicacaooriginal-107562-pe.html>. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos nº 834-A/MF. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, ano 54, n. 3, p. 780-784, 14 jan. 1999a. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=j&Datain=14/01/1999&txpagina=780&altura=700&largura=800#. Acesso em: 12 mar. 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. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 1.783, de 18 de abril de 1980*. Dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, [2011a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1783.htm. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. *Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007*. Regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6306.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Decreto nº 8.392, de 20 de janeiro de 2015*. Altera o Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, que regulamenta o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8392.htm. Acesso em: 7 mar. 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. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965*. Reforma do Sistema Tributário. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc18-65.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências (LEI KANDIR). Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003*. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. *Lei nº 5.143, de 20 de outubro de 1966*. Institui o Imposto sobre Operações Financeiras, regula a respectiva cobrança, dispõe sobre a aplicação das reservas monetárias oriundas de sua receita, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1987]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5143.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986*. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.033, de 12 de abril de 1990*. Altera, mediante conversão em lei das Medidas Provisórias nºs 160, de 15 de março de 1990, e 171, de 17 de março de 1990, a legislação do Imposto sobre Operações Financeiras, instituindo incidências de caráter transitório sobre os atos que menciona, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8033.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994*. Dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos e Valores Mobiliários, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8894.htm. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997*. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999*. Altera a legislação do Imposto sobre a Renda, relativamente à tributação dos Fundos de Investimento Imobiliário e dos rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou variável, ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2016d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9779.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (3. Turma). *Recurso Especial do Procurador nº 9303-005.582*. Disponibilização e/ou transferência de créditos a outra pessoa jurídica. A disponibilização e/ou a transferência de créditos financeiros a outras pessoas jurídicas ainda que realizadas, sem contratos escritos [...]. Recorrente: Fazenda Nacional. Interessado: Multicorp – Comércio de Alimentos Ltda. Relatora: Cons. Vanessa Marini Ceconello. Redator designado: Cons. Andrada Márcio Canuto Natal, 17 de agosto de 2017d. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (1. Turma). *Recurso Voluntário nº 3101-001.094*. IOF. Recursos da controlada em conta da controladora. Conta corrente. Razão de ser da *holding*. Os recursos financeiros das empresas controladas que circulam nas contas da controladora não constituem de forma automática a caracterização de mútuo [...]. Recorrente: Multicorp Ind. e Com. de Embalagens Ltda. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Cons. Corintho Oliveira Machado. Redator designado: Cons. Luiz Roberto Domingo, 25 de abril de 2012a. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=4941672>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Regional da República na 4ª Região (2. Turma). *Parecer [Processo nº 5004802-67.2018.4.04.7009]*. Porto Alegre: Procuradoria Regional da República na 4ª Região, 3 ago. 2017e.

_____. Receita Federal. *Ato Declaratório SRF nº 7, de 22 de janeiro de 1999*. Dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF. [Brasília, DF]: Receita Federal, 1999b. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=647>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Receita Federal. *Instrução Normativa RFB nº 907, de 9 de janeiro de 2009*. Dispõe sobre o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF). [Brasília, DF]: Receita Federal, [2018b]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37630>. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial nº 114.754/SP*. Tributário. Compensação. Crédito líquido e certo. Possibilidade. Correção monetária. A Primeira Turma do STJ, por maioria, em inúmeros precedentes tem assentado que a compensação prevista no art. 66, da Lei n. 8.383/91, só tem lugar quando, previamente, existe liquidez e certeza do crédito a ser utilizado pelo contribuinte [...]. Recorrente: Fazenda Nacional; Mogiana Alimentos S/A. Recorrido: Fazenda Nacional; Mogiana Alimentos S/A. Relator: Min. José Delgado, 17 de junho de 1997a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600752320&dt_publicacao=01-09-1997&cod_tipo_documento=. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 522.294/RS*. Tributário – IOF – incidência sobre mútuo não mercantil – legalidade da Lei 9.779/99 [...]. Recorrente: Fockink Inds/ Elétricas Ltda *et al.* Recorrido: Fazenda Nacional. Relatora: Min. Eliana Calmon, 9 de dezembro de 2003a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=447890&num_registro=200300463525&data=20040308&formato=PDF. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial nº 1.239.101/RJ*. Tributário. IOF. Tributação das operações de crédito correspondentes a mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas. Art. 13, da Lei n. 9.779/99 [...]. Recorrente: Tele Norte Leste Participações S/A *et al.* Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 13 de setembro de 2011b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1087499&num_registro=201100334760&data=20110919&formato=PDF. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.763-8/DF*. IOF: incidência sobre operações de *factoring* (L. 9.532/97, art. 58): aparente constitucionalidade que desautoriza a medida cautelar. O âmbito constitucional de incidência possível do IOF sobre operações de crédito não se restringe às praticadas por instituições financeiras [...]. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 20 de agosto de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347256>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 835.104/RJ*. ICMS. Alienação de bens do ativo fixo. Operação não habitual. Não-incidência. Súmula 279/STF [...]. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Min. Ayres Britto, 7 de fevereiro de 2012b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1827746>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário nº 106.217-7/SP*. Execução Fiscal. A interpretação dada, pelo acórdão recorrido, ao art. 40 da Lei nº 6.830-80, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única susceptível de torna-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do Código tributário Nacional, a cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia de lei complementar. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Cabral e Frederico Ltda. Relator: Min. Octávio Gallotti, 8 de agosto de 1986. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=197898>. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário nº 194.300-9/SP*. ICMS. Venda de bens do ativo fixo da empresa. Não incidência do tributo. A venda de bens do ativo fixo da empresa não se enquadra na hipótese de incidência determinada pelo art. 155, I, b, da Carta Federal [...]. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Campo Belo S/A Indústria Têxtil. Relator: Min. Ilmar Galvão, 29 de abril de 1997b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=233859>. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 223.144-2/SP*. Constitucional. Tributário. Imposto sobre Operações Financeiras – IOF. Lei 8.033, de 12.4.90, artigo 1º, I. Medidas Provisórias 160, de 15.3.90 e 171, de 17.3.90 [...]. Recorrente: União. Recorrida: Inylbra S/A Tapetes e Veludos. Relator: Min. Carlos Velloso, 17 de junho de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250327>. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 556.664-1/RS*. Prescrição e decadência tributárias. Matérias reservadas à Lei Complementar. Disciplina no Código tributário Nacional. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da lei 8.212/91 e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77. Recurso extraordinário não provido [...]. Recorrente: União. Recorrido: Novoquim Indústria Químicas Ltda. Relator: Min. Gilmar Mendes, 12 de junho de 2008b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=561617>. Acesso em: 14 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 588.149/SP*. Recurso extraordinário. Matéria constitucional com repercussão geral reconhecida. Tributário. ICMS. Incidência. Seguradoras. Venda de veículos salvados. Inconstitucionalidade. Ofensa aos artigos 22, VII e 153, V, da Constituição Federal [...]. Recorrente: Sul América Bandeirante Seguros S/A. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 16 de fevereiro de 2011c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623782>. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 590.186/RS*. Recorrente: Fras-Le S/A. Recorrido: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 11 de maio de 2018c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2628566>. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 590.186-6/RS*. Direito tributário. Imposto sobre operações financeiras. Incidência nas operações de mútuo praticadas entre pessoas jurídicas ou entre pessoas jurídicas e pessoas físicas segundo as mesmas regras aplicáveis às operações praticadas pelas instituições financeiras [...]. Recorrente: Fras-Le S/A. Recorrido: União. Relator: Min. Menezes Direito, 28 de agosto de 2008c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=551241>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante 32*. O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras. [Brasília, DF]: Supremo Tribunal Federal, 2011d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=32.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 8 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6. Turma). *Apelação Cível 2003.33.00.004262-4/BA*. Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Lei 9.779/99, artigo 13. Alegação de inconstitucionalidade sob o fundamento de utilização para fins puramente fiscais. Improcedência [...]. Apelante: EBRAE Empresa Brasileira de Engenharia Ltda; MINERCON Mineração e Construção. Apelado: Fazenda Nacional. Relator: Juiz Federal Leão Aparecido Alves, 17 de outubro de 2011e. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200333000042624&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (6. Turma). *Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.02.01.052290-2*. Tributário. IOF sobre mútuo de uma pessoa jurídica em favor de outra, no qual os contratantes não são instituições financeiras. A Lei 9.779/96 não é inconstitucional, uma vez que não invade campo reservado à Lei Complementar, fazendo referência ao campo de tributo já previsto no CTN [...]. Apelante: Aracruz Celulose S/A. Apelado: União Federal; Fazenda Nacional. Relator: Juiz Federal Convocado Guilherme Couto de Castro, 26 de novembro de 2003b. Disponível em: [http://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento=cache&q=cache:51cWSK6nnyk\]:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0106610/1/24/77053.rtf+2000.02.01.052290-2&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8](http://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento=cache&q=cache:51cWSK6nnyk]:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0106610/1/24/77053.rtf+2000.02.01.052290-2&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8). Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (6. Turma). *Apelação em Mandado de Segurança 200.692/SP*. Apelante: Viação Riacho Grande Ltda et al. Apelado: União Federal.

Relator: Juiz Federal Convocado Ricardo China, 14 de agosto de 2008d. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00027005219994036114>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2. Turma). *Apelação Cível nº 2002.71.07.005995-1/RS*. Tributário. IOF. Operação de crédito. A Constituição não exige que o contrato de mútuo seja celebrado com instituição financeira, o que, inclusive, já restou afirmado pelo STF quando, inobstante entendimentos doutrinários em contrário, apontou, ainda que em sede cautelar, a constitucionalidade da incidência do IOCrédito sobre operações de *factoring* [...]. Apelante: Fras Le S/A. Apelado: União Federal (Fazenda Nacional). Relator: Juiz Leandro Paulsen, 24 de abril de 2007b. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1667600&hash=d7900edce27c84669d264ddfe861d741. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2. Turma). *Apelação Cível nº 2005.70.00.000732-8/PR*. Tributário. IOF. Execução de contrato de gerenciamento de recursos financeiros. Não incidência. Não incide IOF em relação à execução de contrato de gerenciamento de recursos financeiros, em que a contratada tem como atribuição apenas a administração dos recursos da contratante [...]. Apelante: União Federal (Fazenda Nacional). Apelado: Electrolux do Brasil S/A. Relator: Juiz Leandro Paulsen, 21 de novembro de 2006. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1467722&hash=5b5907be2bcb1f332861344b895eca3c. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2. Vara Federal). *Mandado de Segurança nº 5004802-67.2016.4.04.7009*. Impetrante: Curucaca Geradora S.A et al. Impetrado: Delegado da Receita Federal do Brasil; União; Fazenda Nacional – Ponta Grossa. Relator: Juiz Antônio César Bochenek, 13 de julho de 2016e. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50048026720164047009&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=&hdnRefId=871bcee8ec314a28ba2ad2399d787a2d&txtPalavraGerada=dwkz&txtChave=&numPagina=0. Acesso em: 7 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (3. Turma). *Apelação Cível nº 516.051/CE (0006328-65.2010.4.05.8100)*. Tributário. IOF. Operações de crédito. Pessoas jurídicas não financeiras. Incidência. 1. Preliminar de ilegitimidade *ad causam* que se rejeita, em razão de a empresa impetrante, na qualidade de tomadora do crédito, ser considerada como o contribuinte do IOF, nos termos do art. 4º do Decreto nº 6.306/2007 [...]. Apelante: Vulcabras Azaleia-CE, Calçados e Artigos Esportivos S/A. Apelado: Fazenda Nacional. Relator: Des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, 1º de dezembro de 2011f. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/data/2011/12/00063286520104058100_20111212_3892250.pdf. Acesso em: 13 mar. 2019.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. *IOF: teoria, prática e intervenção estatal*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. ed. rev., ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 44/2004. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Direito tributário: linguagem e método*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CORDEIRO NETO, Guilherme. IOF e operações de mútuo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 88, p. 20-27, jan. 2003.

EUROPÄISCHE KOMMISSION. Finanztransaktionssteuer: Der Finanzsektor Finanzsektor wird zur Kasse gebeten. *European Commission*, [s. l.], 2018. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1085_de.htm. Acesso em: 8 mar. 2019.

_____. *Gemeinsame Regeln für eine Finanztransaktionssteuer – Häufig gestellte Fragen*. Brüssel: [Europäische Kommission], 2011. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-640_de.pdf. Acesso em: 11 mar. 2019.

FOSSATI, Gustavo. O conflito entre o ISS, o ICMS e o IPI: o caso da encomenda de móveis em mármore ou granito. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 187, p. 82-95, abr. 2011.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre: mit einem Anhang, Das Problem der Gerechtigkeit*. Wien: Franz Deuticke, 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*. 4. überarb. und erg. Aufl. München: Beck, 2005.

MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS: teoria e prática*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2009a.

_____. *IPI: teoria e prática*. São Paulo: Malheiros, 2009b.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 42.

MOREIRA, André Mendes; GAIA, Patrícia Dantas. A não incidência do IOF-crédito sobre os contratos de conta corrente entre empresas do mesmo grupo econômico. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 232, p. 28-41, jan. 2015.

NOVAIS, Raquel; BEHRNDT, Marco Antônio. A não incidência do IOF nos contratos de conta-corrente entre empresas do mesmo grupo – análise da decisão do STJ no REsp nº 1.239.101/RJ. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 207, p. 140-152, dez. 2012.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Ramon Tomazela. A autonomia do direito tributário e os conceitos de direito privado: a incidência do IOF-crédito sobre os contratos de mútuo de recursos financeiros. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 224, p. 132-149, maio 2014.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 7. Aufl. München: C.H. Beck, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEOANE, Diego Sales. Não incidência do IOF sobre mútuos gratuitos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 212, p. 37-41, maio 2013.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

A transparência e os desafios dos sites públicos na sociedade da informação

A experiência do Senado Federal

VALÉRIA CASTANHO

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar em que medida os sites públicos estão se tornando mais transparentes em decorrência das exigências da atual legislação e do empoderamento da sociedade da informação. Com esse propósito, focalizam-se especificamente algumas das avaliações realizadas pelo Senado Federal entre 2013 e 2017, com o objetivo de aquilatar a transparência de seu próprio site institucional: pesquisas com cidadãos, Índice de Transparência Legislativa, Lei de Acesso à Informação e diretrizes da Inter-Parliamentary Union. Nesse contexto, questiona-se a relação entre publicidade, visibilidade e transparência, para demonstrar que nem sempre mais publicidade e visibilidade de informações implica mais transparência. Conclui-se que, apesar da maior visibilidade de informações proporcionadas pela internet, ainda falta muito para que se atinja a transparência necessária à sociedade do conhecimento. Entre outros fatores, cita-se a necessidade de investir na inclusão digital e social, bem como de buscar uma comunicação pública que saiba interagir devidamente com o cidadão.

Palavras-chave: Legislativo. Senado. Transparência. Sites públicos. Comunicação pública.

The transparency and challenges of public websites of the information society: the experience of the Federal Senate

Abstract: The goal of this article is to analyze the extent to which public websites are becoming more transparent due to the demands of current legislation and the empowerment of the information society. With this purpose in mind, the analysis focuses specifically on some of the evaluations carried out by the Federal Senate between 2013 and 2017 with the aim of assessing the transparency of its own institutional website:

Recebido em 7/3/19
Aprovado em 8/5/19

citizen surveys, the Legislative Transparency Index, the Law of Access to Information and guidelines of the Inter-Parliamentary Union. In this context, the relationship between publicity, visibility, and transparency is questioned to demonstrate that more publicity and visibility of information does not always imply more transparency. The article concludes that despite greater visibility of information provided by the internet, more work still remains in order to reach the transparency needed for the information society. Among other factors, this includes the need to invest in digital and social inclusion, as well as searching for a way of public communication that properly interacts with the citizen.

Keywords: Legislative. Senate. Transparency. Public sites. Public communication.

1 Introdução

Uma instituição transparente, seja ela pública, privada ou do terceiro setor, disponibiliza informações sobre suas atividades e interage continuamente com seus diferentes públicos. Em síntese, é uma instituição aberta, que nada tem a esconder.

O entendimento sobre a importância da transparência teve início, no Brasil, com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]), que estabeleceu a transparência como princípio, diretriz e valor, ao assegurar, no art. 5^º, como direito fundamental, o acesso da sociedade às informações públicas. A partir de então, a transparência foi sendo gradativamente favorecida por normas que complementaram o arcabouço constitucional, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) (BRASIL, [2018a]), que estabeleceu diretrizes para o processo de transparência das contas públicas, com o objetivo de controlar os custos da máquina do Estado, representada pelos três Poderes. Em 2011, com a Lei de Acesso à Informação (LAI) (BRASIL, 2011), foi regulamentado não só o direito à informação pública, mas também a existência de sites institucionais e o uso das tecnologias de informação para promoção da transparência.

Segundo Filgueiras (2016), o conceito de transparência está ligado a um valor fundamental da gestão pública contemporânea, que é o de disponibilizar, para a sociedade, as informações sobre as ações realizadas pelos agentes públicos e fomentar, assim, a *accountability*. Conforme explica o autor, o uso das tecnologias da informação potencializa os elementos de transparência e fortalece a *accountability*; contudo, por si só, não os garante,

devido “à forte burocracia com senso de missão e um aparato administrativo institucionalizado” das organizações públicas (FILGUEIRAS, 2016, p. 89).

Por que, então, diante dessa dificuldade, insistir na transparência de informações na área pública? Porque, em resumo, na área pública, representada pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, a transparência não é mera opção para melhorar o relacionamento com o público – assim como ainda é na área privada e no terceiro setor. É uma exigência prescrita em leis como a LAI e a LRF, criadas para, entre outros pontos, garantir justamente a prestação de serviços públicos e de contas à sociedade. Trata-se, em síntese, de questão de sobrevivência social e política.

Em relação ao Poder Legislativo, foco deste artigo, os sites institucionais dos parlamentos de todo o mundo evoluem e se amoldam, cada vez mais, para atuar como canais da comunicação política com o cidadão. O objetivo é oferecer informações detalhadas sobre o processo político e até mesmo oportunidades para que o cidadão comum possa interagir e colaborar para a construção de leis e de políticas públicas.

No Congresso Nacional brasileiro, por exemplo, não são poucas as ferramentas digitais para garantir a transparência dos atos legislativos. Tanto o Senado Federal quanto a Câmara dos Deputados oferecem ao cidadão um grande aparato de comunicação, bem como uma série de ambientes de participação e interação.

Todavia, tem o cidadão encontrado efetivamente todas as informações que procura sobre o Senado e a Câmara nos sites dessas instituições? Têm esses órgãos procurado aprimorar seus portais conforme padrões nacionais e internacionais de transparência e manter também ferramentas próprias para verificar o grau de transparência das informações que oferecem ao cidadão?

Para buscar respostas a essas perguntas, este artigo focaliza a necessidade de maior transparên-

cia do Estado e os procedimentos adotados nesse sentido pelo site do Senado Federal. Discute-se também a hipótese de que, embora haja cada vez mais transparência nos sites institucionais, ainda há informações revestidas de opacidade ou inacessíveis a grande parte da sociedade devido à exclusão digital e social. Assim, conquanto as informações estejam cada vez mais visíveis, podem não estar necessariamente mais transparentes no sentido de seu adequado entendimento pelo cidadão.

2 Estado mais transparente

Segundo Silva (2016, p. 50), uma instituição transparente é aquela que utiliza as novas tecnologias para divulgar, informar, esclarecer, justificar e debater com o público de forma regular:

Não por acaso, a transparência é um processo que envolve um conjunto de questões de fundo, que vão além da simples exposição de informação. Para ser efetiva, precisa envolver interação e um robusto aparato capaz de gerar *enforcement* na sua aplicação no plano da realidade, a fim de remover as barreiras que surgem em seu horizonte.

São inegáveis os benefícios das ferramentas digitais para essa comunicação mais transparente, inclusiva, participativa e ainda para a *accountability* obrigatória dos atos públicos. Porém, ser realmente transparente é um processo que vai muito além da obrigação de disponibilizar informações, pois deve incluir o compromisso com a criação de ferramentas digitais que não só possibilitem, mas efetivamente estimulem a interatividade e a participação cidadã no processo democrático.

Sem esse compromisso, a comunicação não será realmente democrática, como já alertava o relatório MacBride, elaborado em 1980

pela Comissão Internacional para o Estudo dos Problemas da Comunicação (1983, p. 289):

[S]em uma circulação de duplo sentido entre os participantes, sem a existência de várias fontes de informação que permitam uma seleção maior, sem o desenvolvimento das oportunidades de cada indivíduo para tomar decisões baseadas no conhecimento completo de fatos heteróclitos e de alguns pontos de vista divergentes, sem uma maior participação dos leitores, espectadores e dos ouvintes na adoção de decisões e na constituição dos programas dos meios de comunicação social, a verdadeira democratização não chegará a ser uma realidade.

Com as possibilidades oferecidas pela internet, os sites governamentais e as redes sociais tornaram-se as principais ferramentas de comunicação e interação do setor público com a sociedade.

A busca de transparência seria impensável nos anos 1990, quando a imprensa ignorava, por exemplo, o Poder Legislativo por várias razões, entre elas a falta de interesse dos próprios parlamentares em divulgar as ações e atividades de suas casas legislativas. Segundo Castanho (2001), em 1995, apenas 0,25% do que acontecia internamente no Senado brasileiro era coberto pela imprensa externa.

Naquele ano, o relatório final da CPI da Evasão Fiscal concluía que era de 80 bilhões de dólares a sonegação de impostos no Brasil, duas vezes, portanto, a receita anual da Previdência Social. Somente a Voz do Brasil divulgou a informação, que hoje seria, com certeza, manchete de capa de qualquer jornal de circulação nacional (CASTANHO, 2001, p. 49).

3 Site do Senado Federal

No Brasil, tanto o Senado Federal quanto a Câmara dos Deputados têm procurado apro-

ximar-se do cidadão por meio de ferramentas interativas diversas em seus respectivos sites institucionais. Não faltam exemplos para ilustrar essa tentativa de se adequar à realidade da era mediada pela internet e pela sociedade empoderada por redes sociais.

O Senado Federal, por exemplo, que em fevereiro de 2013 criou a Secretaria de Transparência e o Conselho de Transparência e Controle Social, tem uma estrutura de comunicação interna invejável, com agência de notícias, TV, rádio e jornal próprios. Além disso, a Instituição ostenta inúmeras ferramentas voltadas para a transparência de suas atividades e a participação cidadã, como a Ouvidoria, o Facebook, o Instagram, o Twitter, o e-Cidadania¹, entre outros – tudo isso disponível por meio do site da Casa (www.senado.leg.br) e de forma responsiva, para que possa ser adaptado a qualquer plataforma, como celulares e *tablets*. A Instituição tem também investido pesado em avaliações de suas atividades e de seu próprio site.

O objetivo desta seção é apresentar quatro das avaliações internas do site do Senado, aplicadas entre 2013 e 2017: a primeira, com base em pesquisas realizadas com internautas de todo o Brasil; a segunda, por meio do Índice de Transparência Legislativa (ITL); a terceira por meio da LAI; e a quarta com base nas diretrizes da Inter-Parliamentary Union (IPU).

3.1 Pesquisas

As pesquisas por meio de enquetes começaram em fevereiro de 2013. Vinculado à Secretaria de Transparência, o Instituto DataSenado ouviu, entre 2013 e 2017, mais de 1,2 milhão de pessoas em 29 pesquisas de opinião nacionais e 17

¹O Programa e-Cidadania (BRASIL, [200-]) foi criado para possibilitar e estimular maior participação e engajamento mais direto e efetivo dos cidadãos no processo legislativo, com ideias, discussões e ações voltadas para temas em debate na Casa e na sociedade.

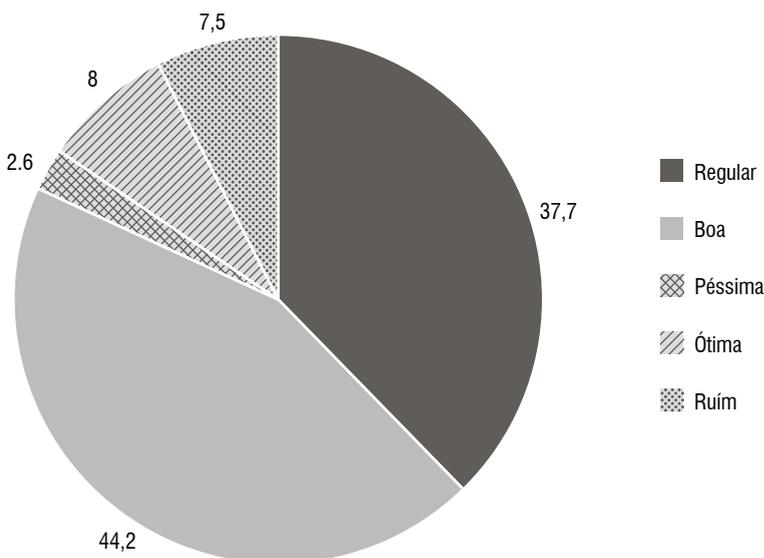
pesquisas internas, além de 68 enquetes sobre temas em debate na Casa ou na sociedade (BRASIL, 2018c).

Duas dessas pesquisas, uma realizada em dezembro de 2013 e outra em agosto de 2017, avaliaram a opinião de usuários sobre o Portal do Senado. Em 2013, a pesquisa foi estimulada por telefone², com 1.089 pessoas, entre os dias 3 e 20 de dezembro. Em 2017, foi espontânea, por meio de um *link* que ficou disponível na página principal do site entre os dias 16 de agosto e 4 de setembro. No total, 1.479 internautas responderam a essa pesquisa.

Na pesquisa de 2013, intitulada “Pesquisa sobre a Página do Senado na Internet”, 52,2% dos entrevistados avaliaram a página do Senado como ótima ou boa; 37,7% a definiram como regular; e 10,1 % como péssima ou ruim.

Gráfico 1

De forma geral, como você avalia a página do Senado na internet? (%)



Fonte: Brasil (2014b, p. 6).

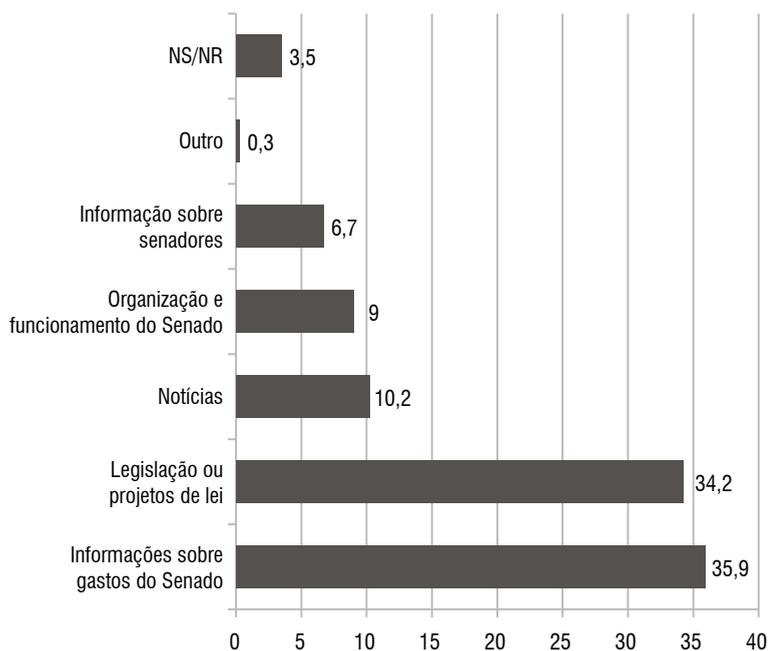
Informações relacionadas à transparência e à tramitação legislativa foram os dois assuntos que os entrevistados consideraram essencial estar disponíveis no Portal do Senado, somando mais de 70% das respostas.

² A pesquisa sobre a página do Senado na internet foi divulgada pela Coordenação de Pesquisa e Opinião da Secretaria de Transparência do Senado em fevereiro de 2014, em relatório interno. Segundo o então coordenador do Instituto de Pesquisa DataSenado, Florian Augusto de Abreu Coutinho Madruga, nas pesquisas estimuladas do Senado, os telefones são selecionados aleatoriamente com base em uma lista enviada pela Agência de Telecomunicações (Anatel), com números de todas as regiões brasileiras.

Quase trinta e seis por cento dos participantes consideraram (35,9%) mais importante tornar disponíveis assuntos relacionados a gastos do Senado; e 34,2%, a legislação ou projetos de lei. O tópico notícias ocupou a terceira posição (10,2%); organização e funcionamento do Senado, a quarta (9%); e informações sobre os senadores, a quinta colocação (6,7%).

Gráfico 2

Como cidadã(o), que tipo de conteúdo você considera mais necessário estar disponível na página do Senado na internet? (%)



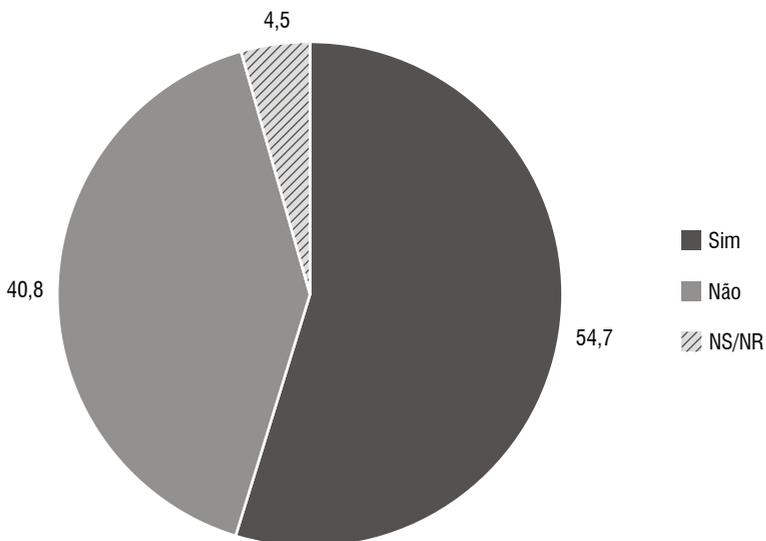
Fonte: Brasil (2014b, p. 2).

Ao ser questionada se, ao entrar na página do Senado, havia encontrado a informação que procurava, mais da metade dos 128 entrevistados³ (54,7%) afirmou que sim. No entanto, como grande parcela (40,8%) alegou não ter achado a informação desejada, os dados sugeriram, conforme conclusão dos pesquisadores, que a informação não estava disponível ou mesmo não estava organizada de forma intuitiva. Entre os que afirmaram ter encontrado a informação, a grande maioria (87%) declarou ter sido essa uma tarefa fácil, e somente 13% relataram ter achado difícil localizá-la.

³ Como somente 128 entrevistados afirmaram ter acessado a página do Senado nos últimos três meses, as perguntas seguintes foram direcionadas apenas a esse público específico.

Gráfico 3

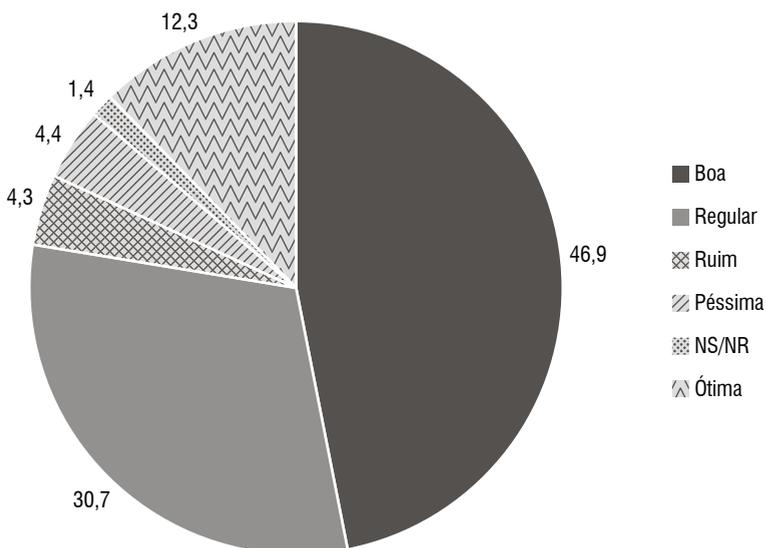
Quando acessou a página do Senado na internet, você encontrou a informação que procurava? (%)



Fonte: Brasil (2014b, p. 4).

Gráfico 4

A velocidade para abrir a página é: (%)



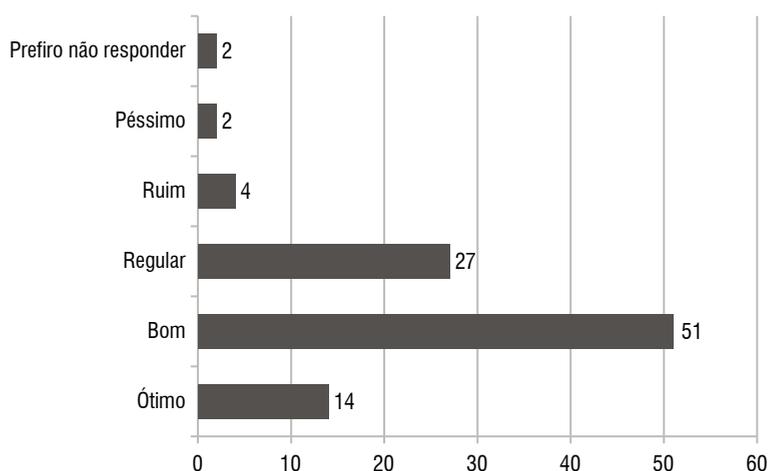
Fonte: Brasil (2014b, p. 4).

Com relação aos aspectos técnicos do site, as avaliações foram, em sua maioria, positivas. Dos 128 entrevistados, 59,2% qualificaram a velocidade para abrir a página como ótima ou boa; 30,7%, como regular; apenas 8,7%, como ruim ou péssima.

Sobre a apresentação visual da página, 62,2% disseram que era ótima ou boa; 30,7%, regular; e 5,8%, ruim ou péssima. A linguagem utilizada nos textos teve nota ótima ou boa de 63,2% dos entrevistados, regular de 28,7%, e ruim ou péssima de 8,2%.

Gráfico 5

De modo geral, como você avalia o Portal do Senado na internet?



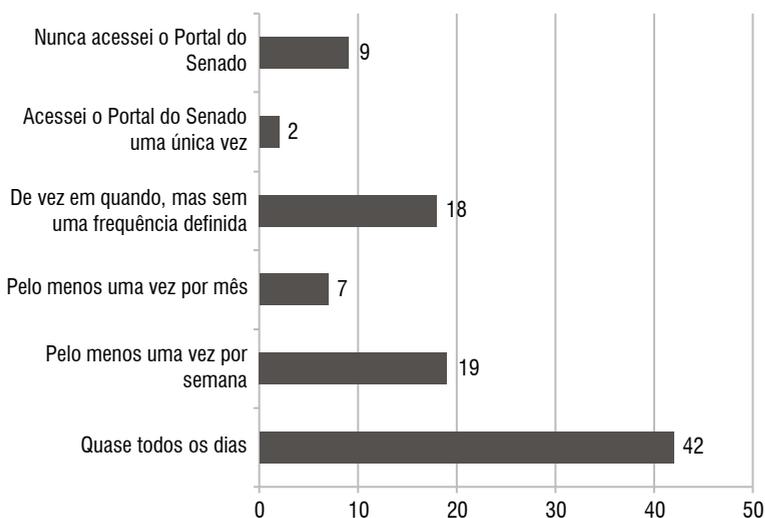
Fonte: Brasil (2017b, p. 2).

Na pesquisa de 2017, conforme se observa no gráfico 5, 65% dos entrevistados avaliaram o Portal do Senado como ótimo ou bom; 27% deram nota regular; e 6% consideraram-no ruim ou péssimo. Dos 1.479 entrevistados, 42% afirmaram acessar a página do Senado quase todos os dias. Outros 19%, pelo menos uma vez por semana; 18%, de vez em quando; 7%, pelo menos uma vez por mês; e 2%, uma única vez. Outros 3% não responderam.

Quanto à frequência de acesso ao Portal do Senado, conforme representado no gráfico 6, é interessante observar que 9% afirmaram nunca tê-lo acessado, o que, segundo os pesquisadores do DataSenado, indica que responderam ao questionário ao entrarem na página pela primeira vez. Em relação aos que afirmaram terem acessado a página uma única vez, aquela seria a segunda.

Gráfico 6

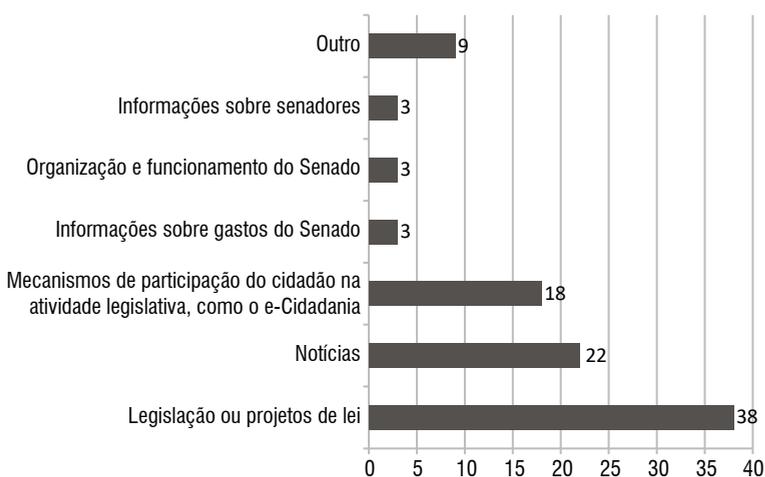
Com que frequência você acessa o Portal do Senado? (%)



Fonte: Brasil (2017b, p. 3).

Gráfico 7

Que tipo de conteúdo você mais costuma acessar no Portal do Senado? (%)



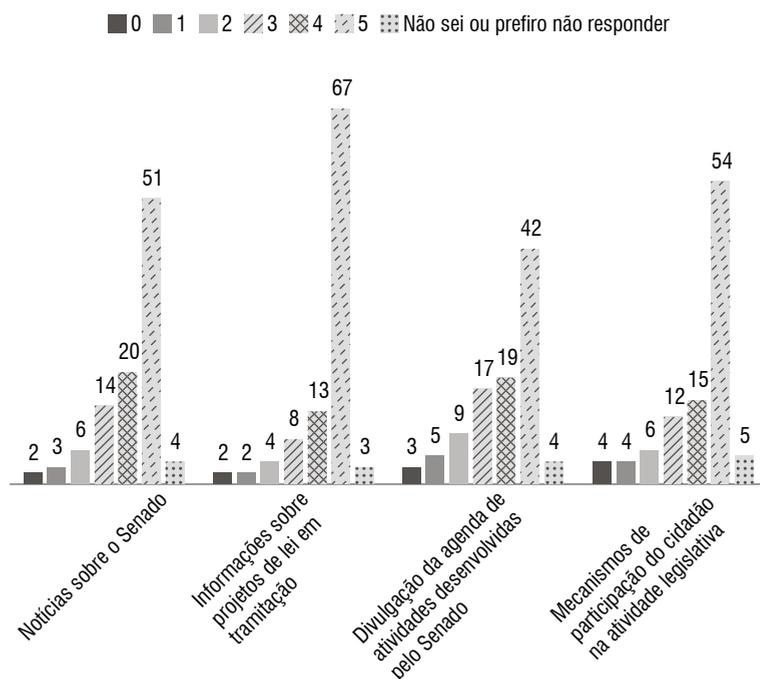
Fonte: Brasil (2017b, p. 5).

Em 2017, o internauta foi questionado sobre o conteúdo que mais acessava no Portal. A maioria dos entrevistados (38%) respondeu que

era sobre legislação ou projetos de lei. As notícias ficaram em segundo lugar (22%), seguidas por mecanismos de participação do cidadão na atividade legislativa (18%), como o e-Cidadania. Informações sobre gastos do Senado e senadores, bem como organização e funcionamento da Casa ficaram empatados, com 3% das preferências; 4% não responderam.

Gráfico 8

Em uma escala de 0 a 5, em que 0 é nada importante e 5 é muito importante, avalie o quanto você considera importante que os seguintes conteúdos sejam disponibilizados na *homepage* do Portal do Senado (%)



Fonte: Brasil (2017b, p. 7).

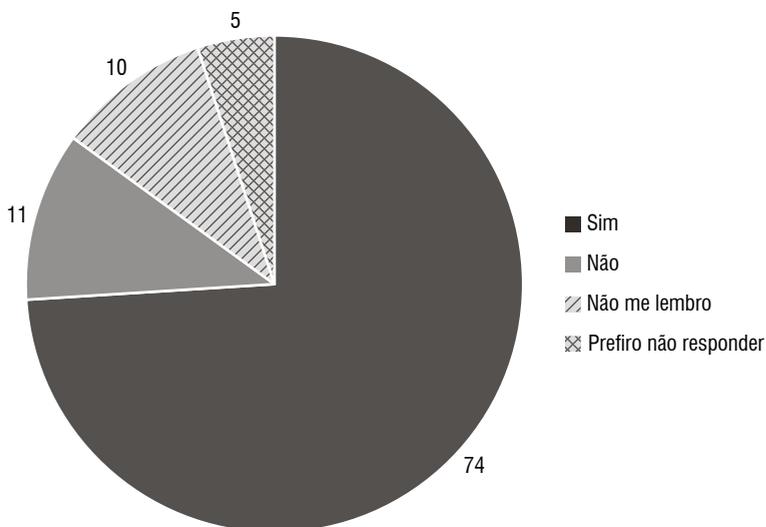
Os conteúdos considerados mais importantes para figurarem na *homepage* do Portal do Senado foram, na ordem, informações sobre projetos de lei em tramitação, com 67% notas 5; mecanismos de participação do cidadão na atividade legislativa, com 54% notas 5; notícias sobre o Senado, com 51% notas máximas; e divulgação da agenda de atividades desenvolvidas pelo Senado, com 42% notas 5.

Em 2017, questionado se, ao visitar a página do Senado pela última vez, o internauta havia encontrado a informação que procurava, a maioria dos entrevistados (74%) afirmou que sim, e somente 11% disseram não

ter encontrado. Do total de respondentes, 68% afirmaram que foi fácil encontrar a informação que procuravam; 20%, difícil; e 8%, muito fácil.

Gráfico 9

Quando você acessou o Portal do Senado pela última vez, encontrou a informação que procurava? (%)



Fonte: Brasil (2017b, p. 6).

3.2 Índice de Transparência Legislativa

Em dezembro de 2015, o Conselho de Transparência e Controle Social do Senado lançou o Índice de Transparência do Poder Legislativo (ITL), uma ferramenta que permite analisar a transparência das casas legislativas brasileiras – no plano municipal, estadual ou nacional – por meio de uma avaliação prática e objetiva de seus respectivos sites institucionais.

Para chegar à versão final do ITL, foram estudados vários índices de transparência nacionais e internacionais, bem como revisada a legislação nacional e internacional sobre o tema, em especial a LRE, a LAI e a CRFB⁴. Antes do lançamento oficial do ITL, foi realizada ainda uma consulta pública que ficou disponível no site do Senado, por meio do e-Cidadania, em outubro de 2015⁵.

⁴ A bibliografia e a metodologia utilizadas como base para a criação do ITL podem ser acessadas em Brasil ([2014a]).

⁵ Essa consulta ficou disponível no Portal do e-Cidadania entre os dias 5 e 31 de outubro de 2015 para a participação direta do cidadão. Mais informações sobre a consulta

O ITL pode ser aplicado a qualquer das casas legislativas brasileiras (Senado Federal, Câmara dos Deputados, assembleias estaduais, Câmara Legislativa do Distrito Federal, câmaras municipais), para que esses órgãos façam, internamente, sua autoavaliação. A sociedade civil organizada ou qualquer cidadão também podem utilizar o ITL para avaliar a transparência de determinado órgão legislativo e, com base nos resultados, propor metas para o aprimoramento da transparência pública ou mesmo dos serviços oferecidos pelo Legislativo. O ITL compreende quatro dimensões – (1) Transparência Legislativa, (2) Transparência Administrativa, (3) Participação e Controle Social, (4) Aderência à LAI –, cada uma das quais se subdivide em 19 subdimensões, num total de 69 indicadores. Na escala do ITL, o grau de transparência pode variar de zero a um, em que zero significa nenhuma transparência, e um, transparência máxima. Com o propósito de dar transparência aos critérios do ITL, foi elaborado um manual⁶ com a fórmula do índice e orientações, para que qualquer cidadão possa realizar a avaliação e fazer seus próprios cálculos.

A primeira casa legislativa a ter o ITL avaliado foi a Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF), em 2017. A avaliação foi feita em parceria com o Observatório Social de Brasília (OSBrasília), que atua no monitoramento e na avaliação das ações do Poder Público da Capital da República, e o Instituto de Fiscalização e Controle (IFC), que atua na fiscalização da administração pública e na promoção da cidadania ativa.

O ITL da CLDF foi considerado “muito aquém do necessário” pelos dois institutos (RELATÓRIO..., 2017, p. 8). Em cada área avaliada, foram apontados problemas, apresentadas críticas e comentários. O relatório completo com todos os resultados, bem como a indicação de outros problemas encontrados e não analisados pelo ITL, foi entregue à direção da CLDF e do Ministério Público do Distrito Federal.

Além de avaliar a CLDF, os dois institutos concluíram ainda que o ITL carecia de vários aprimoramentos. Por isso, encaminharam ao Senado Federal sugestões de aperfeiçoamento da ferramenta, com a inserção de outras avaliações não disponibilizadas nessa primeira versão.

No Senado Federal, o ITL foi aplicado no primeiro semestre de 2018, em uma avaliação interna realizada por servidores voluntários que analisaram a disponibilização de dados públicos no Portal de Transparência da Casa.

Os resultados foram enviados a 38 setores do Senado responsáveis pela alimentação das diferentes informações do Portal da instituição, para que pudessem ser corrigidas as falhas constatadas e complementa-

podem ser acessadas em Borges (2015).

⁶O manual do Índice de Transparência do Poder Legislativo pode ser acessado em Brasil (2015b).

das as informações necessárias. Com base nos aprimoramentos promovidos por esses setores, as primeiras notas do ITL do Senado foram alteradas sem que houvesse a necessidade de uma nova avaliação. O ideal, no entanto, é que o ITL de uma instituição seja avaliado por outra, de preferência independente, para que os resultados obtidos sejam os mais transparentes e neutros possíveis, livres de qualquer viés que possa contaminá-los ou colocá-los em dúvida.

3.3 LAI

Matéria publicada no *Jornal do Senado* em junho de 2017⁷ informa que os pedidos de informação ao Senado, recebidos de cidadãos por meio da LAI, aumentam ano a ano. Em 2014, foram 909 solicitações; em 2015, 1.114; em 2016, 1.346; e, em 2017, 1.397.

Segundo dados do Serviço de Informação ao Cidadão do Senado, criado em 2012, dos 1.346 pedidos recebidos em 2016, quase a metade (48,6%), ou seja, 654, foi atendida em até um dia; 217 (16,1%), entre dois e cinco dias; 364 (27%), entre seis e 20 dias; e 111 (8,24%), em mais de 20 dias. Em 2017, dos 1.397 pedidos recebidos, 49% (689 pedidos) foram respondidos em até um dia; 25% (356), entre 6 e 20 dias; 20% (275), entre 2 e 5 dias; e apenas 6% (77), em mais de 20 dias⁸.

Entre os assuntos mais abordados em 2017, estão, na ordem: atividade legislativa (46,7%), informações sobre senadores (14,5%), perguntas sobre concurso público (10,7%) e atividade administrativa (7,4%). Segundo o relatório de 2017, somente 19 pedidos não foram respondi-

⁷ Essa matéria está disponível em Brasil (2017d). Os relatórios mensais e anuais de atendimentos da LAI pelo Serviço de Informação ao Cidadão do Senado podem ser acessados em Brasil ([201-]).

⁸ As informações constam do Relatório anual estatístico dos pedidos tratados pelo Serviço de Informação ao Cidadão do Senado Federal em 2017, acessadas em Brasil (2018c).

dos. A maioria (15) por se tratar de informação de caráter pessoal.

O relatório de 2017 indica ainda que o grau de instrução da maioria dos demandantes da LAI é ensino superior (39,58%) ou pós-graduação (35,93%), o que sinaliza a exclusão da maioria da população.

3.4 Inter-Parliamentary Union

As pesquisas com o objetivo de avaliar a transparência do site do Senado conforme padrões internacionais de transparência tiveram início em 2009, quando todas as adaptações no Portal começaram a ser feitas com base nas diretrizes da Inter-Parliamentary Union (IPU). O órgão internacional, criado em 1889, atua em conjunto com a Organização das Nações Unidas (ONU) e reúne parlamentos de 178 países e outros 12 membros associados.

Naquele ano, a IPU (2009) lançou o manual *Guidelines for Parliamentary Websites*, um documento com as principais diretrizes e recomendações sobre a formatação de sites legislativos. A partir de então, o Comitê de Internet do Senado passou a fazer adaptações e avaliações constantes, orientadas pelo site da IPU. Foram quatro até agora, nos anos de 2009, 2011, 2015 e 2017.

Segundo Castanho (2016, p. 185), “o objetivo da IPU, com o manual, é proporcionar aos cidadãos acesso democrático a todo tipo de informação e serviço oferecido pelos parlamentos, para que possam exercer a cidadania”. Assim, as orientações sugeridas no documento se dividem em seis grupos: 1) Informações gerais sobre o Parlamento; 2) Informação sobre legislação, orçamento e fiscalização; 3) Ferramentas de armazenamento e recuperação de informação; 4) Ferramentas de comunicação e diálogo com cidadãos; 5) *Design*: usabilidade, acessibilidade e linguagem; 6) Gerenciamento e responsabilidade de supervisão.

Cada um desses grupos é dividido em vários subgrupos que se desdobram em indicadores cujas notas variam de 0 a 3, conforme os seguintes critérios: não atende (0), atende minimamente (1), atende parcialmente (2) e atende totalmente (3). A nota máxima possível é 384. Na primeira avaliação do grupo de trabalho, em 2009, conforme a métrica de tabulações estipulada para cada item, o Senado alcançou a nota de 276 (BRASIL, 2009).

Em 2011 e 2015⁹, novas avaliações do Portal do Senado foram realizadas. No relatório produzido em 2012, com base na avaliação feita em 2011, a nota da instituição subiu para 311 pontos¹⁰ e, em 2015, para 332, mas houve ainda muitas críticas (BRASIL, 2012, 2015a). Os relatórios desses dois anos reconheceram vários avanços em relação ao primeiro documento, de 2009, mas apontaram um site ainda sem integração, devido a uma série de adaptações feitas sem um planejamento global.

O relatório liberado em março de 2018, referente ao ano de 2017, atribuiu ao site do Senado a nota 341, apenas 43 pontos abaixo do total possível. O documento destaca que “em 2018, o site do Senado atende 88,80% das diretrizes da IPU. As informações sobre o parlamento são bastante completas e a maior parte das ausências são relativamente fáceis de suprir” (BRASIL, 2018b, p. 21).

Tabela 1

Avaliações do Portal do Senado conforme diretrizes da IPU

| Categorias | Pontos | | | | Max |
|---|--------|-------|------|------|-----|
| | 2009 | 2011 | 2015 | 2017 | |
| 1. Informações gerais sobre o Parlamento | 97 | 109,5 | 113 | 116 | 156 |
| 2. Informações sobre a legislação, orçamento e fiscalização | 91 | 92 | 93 | 92 | 93 |
| 3. Ferramentas de armazenamento e recuperação de informação | 24 | 25 | 29 | 33 | 33 |
| 4. Ferramentas de comunicação e diálogo com o cidadão | 13 | 21 | 21 | 21 | 21 |
| 5. <i>Design</i> : usabilidade, acessibilidade e linguagem | 9 | 12 | 13 | 15 | 18 |
| 6. Gerenciamento e responsabilidade de supervisão | 42 | 51,5 | 63 | 64 | 66 |
| Total | 276 | 311 | 332 | 341 | 384 |

Fonte: elaborada pela autora com base em relatórios internos do Senado Federal.

⁹ Embora tenha sido realizado, o relatório de 2015 não foi divulgado oficialmente. Por essa razão, não é considerado para efeito de análise de dados pela equipe do Comitê Gestor do site do Senado.

¹⁰ No relatório oficial de 2011, a nota total inicial ficou em 307, mas, em reavaliação posterior não divulgada oficialmente, passou para 311, resultado de alteração da nota do item 6 (gerenciamento e responsabilidade de supervisão), que passou de 47,5 para 51,5.

4 Empoderamento do cidadão

Todo o aparato de comunicação do Senado, suas ferramentas digitais de interação e as avaliações internas e externas de seu site são um sinal de que os representantes eleitos já perceberam a importância da publicidade e o que a falta dela pode causar.

Os cidadãos, hoje, reagem das mais diversas formas contra a corrupção e a falta de informações convincentes sobre os atos praticados por aqueles que colocam no poder. Essas reações surgem em manifestações que estão acontecendo em todo o mundo, a exemplo das que ocorreram no Brasil, em 2013, contra a corrupção generalizada.

Trata-se, segundo Castells (2013), do empoderamento dos cidadãos, fundamentado em uma cultura da internet que ele denomina autocomunicação de massas¹¹, uma plataforma da cultura da autonomia. O filósofo espanhol afirma que a autocomunicação de massas é a principal plataforma de comunicação e está em toda a parte. “Esse é o novo contexto, no cerne da sociedade em rede, como uma nova estrutura social em que os movimentos sociais do século XXI se constituem” (CASTELLS, 2013, p. 162).

Na sociedade da internet, o empoderamento dos cidadãos é irreversível. Conforme Castells (2000), a humanidade ingressou em um modelo genuinamente cultural de interação e organização social em que a informação é o principal ingrediente, e os fluxos de mensagens e imagens entre as redes constituem o encadeamento básico. “É o começo de uma nova existência e, sem dúvida, o início de uma nova era, a era da informação, marcada pela autonomia da cultura *vis-à-vis* as bases materiais de nossa existência” (CASTELLS, 2000, p. 505).

A transparência dos atos públicos deve ter em conta que o próprio ciberespaço empodera a sociedade com informações que permitem cada vez menos ilicitudes, omissões e desmandos. Como afirma Castells (2013, p. 186), “o que é irreversível no Brasil como no mundo é o empoderamento dos cidadãos, sua autonomia comunicativa e a consciência dos jovens de que tudo que sabemos do futuro é que eles o farão Móbil-izados”.

Por essa razão, a publicidade dos atos dos governantes é tão importante e revestida de uma legislação robusta que a cada dia cresce mais, com o objetivo de favorecer a boa comunicação e evitar conflitos. Segundo Bentham (2011, p. 277), “a lei mais adequada para assegurar a confiança pública e provocá-la constantemente no sentido de avançar em direção ao objetivo de sua instituição é aquela da publicidade”.

¹¹ A autocomunicação de massa, segundo Castells (2013), é o uso da internet e das redes sem fio como plataformas da comunicação digital. É baseada em redes horizontais de comunicação multidirecional, interativa, na internet; e mais ainda, nas redes de comunicação sem fio.

Entre as razões a favor da publicidade dos atos dos representantes do povo, Bentham (2011) enumera: compelir os membros da assembleia a exercer seu dever de ofício, a conhecer o desejo dos governados e a assegurar a confiança e o consentimento às medidas da legislatura. Por outro lado, a publicidade, segundo explica, permite aos representados agirem com base na compreensão, prover a assembleia com os recursos dos benefícios advindos da informação e garante ainda o que classifica como “deleite que dela [publicidade] resulta”.

Ao lado da publicidade, a transparência também assume papel fundamental para que os atos públicos estejam acessíveis. Segundo O’Neill (2006, p. 76, tradução nossa), existe um amplo consenso sobre o modo como a transparência deve disciplinar as instituições e seus titulares, tornando as informações sobre seu desempenho mais públicas:

É feita publicidade para dissuadir a corrupção e o mau desempenho e garantir uma base para um desempenho melhor e mais confiável. Se a transparência oferecer suporte a um desempenho mais confiável, ela também deverá apoiar a confiança nesse desempenho. Aqueles que são obrigados a fornecer evidências com provas para julgar seu desempenho enfrentam fortes incentivos para ganhar a confiança, ao invés de buscá-la por meios fraudulentos, enganosos ou corruptos, ou por jogarem publicamente de maneira turbulenta.

Assim, a publicidade dos atos públicos converte-se em ferramenta essencial da transparência, em especial para a necessária *accountability* a que a sociedade tem direito.

5 Visibilidade e transparência

Embora ofereça, de fato, maiores possibilidades de troca de informações e de interatividade,

o ambiente digital proporcionado pela internet não é a solução para todas as questões relacionadas à democratização das informações e à participação cidadã. Embora esta seja a era de maior transparência de informações da história da humanidade, condição forjada pela internet, nem sempre a maior visibilidade de informações se traduz na transparência adequada ou necessária e, paradoxalmente, pode até reduzir a transparência.

Conforme Stohl, Stohl e Leonardi (2016), é falha a suposição de que quanto mais as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) ajudarem a tornar as ações organizacionais visíveis, mais as organizações se tornarão transparentes. “Visibilidade e transparência não têm correspondência direta. Na verdade, argumentamos que o aumento da visibilidade das informações pode às vezes reduzir drasticamente a transparência” (STOHL; STOHL; LEONARDI, 2016, p. 124, tradução nossa). Quando isso acontece, segundo explicam, pode haver o efeito paradoxal de tornar os caminhos de tomada de decisão nas organizações mais opacos do que transparentes, o que denominam opacidade inadvertida e opacidade estratégica.

A opacidade inadvertida acontece quando a sobrecarga de informações acaba ocultando fatos importantes, mesmo estando disponíveis, situação que pode resultar em interpretações distintas da pretendida. Por sua vez, a opacidade estratégica visa, segundo os autores, a ocultar propositalmente o acesso a informações que precisam estar transparentes, mas não se deseja tornar acessível. “O paradoxo da transparência indica que disponibilidade, acessibilidade e aprovação de informações precisam ser gerenciadas para produzir não apenas visibilidade, mas uso efetivo das informações” (STOHL; STOHL; LEONARDI, 2016, p. 134, tradução nossa).

A necessidade de gerenciamento é compartilhada por outros autores, a exemplo de Silva

(2016, p. 29), para o qual, no âmbito político, as instituições transparentes devem ser “livres de nebulosidade e ações incompreensíveis, irregulares e injustificáveis à luz do interesse geral da opinião pública”.

Segundo Lemos (2007), para que um país logre êxito na sociedade da informação, é fundamental a ação efetiva dos governos para promover a inclusão digital, com o objetivo de que todos tenham acesso às mesmas oportunidades tecnológicas. No entanto, conforme destaca, até mesmo os governos precisam se adaptar e reagir rapidamente às pressões da sociedade da informação, inventando “novos modelos de gestão e levando em conta as potencialidades (virtualidades) das novas tecnologias”. De acordo com o autor, as organizações governamentais precisam enxergar a gestão como um todo, dirigindo e articulando ações para a coletividade. No que se refere ao uso das tecnologias digitais, os governos estão mais defasados em relação ao planejamento dos sistemas corporativos integrados de informação e à oferta de serviços do que em relação à infraestrutura tecnológica.

Ainda segundo Lemos (2007, p. 106), a preocupação com a inclusão e a equidade social é uma exigência dessa nova era:

A Sociedade do Conhecimento e da Informação exige que o Estado passe a oferecer ao cidadão informação desburocratizada, ágil, abundante e facilmente acessível. Uma sociedade da informação para todos os brasileiros supõe, em síntese, que sejam observados princípios e metas de inclusão e equidade social e econômica de diversidade e identidade culturais, de sustentabilidade do padrão de desenvolvimento, de respeito às diferenças, de equilíbrio regional, de participação social e de democracia política.

A ação efetiva de acessibilidade à informação exige uma política de dados governamentais abertos, instrumento necessário para promover

a transparência, a participação e a colaboração efetiva da sociedade. Conforme Possamai (2016, p. 387), o chamado Governo Aberto busca, por meio da publicação de dados em formato aberto, “romper a cultura do sigilo e da propriedade burocrática sobre as informações públicas, simplificando o acesso e a reutilização desses recursos não só pelo governo, mas também pela sociedade”. Os ganhos, segundo ela, são enormes, “em transparência, *accountability*, controle social e participação, até o aperfeiçoamento da gestão, por meio do cruzamento de dados, a apoiar o diagnóstico, o monitoramento e a avaliação de políticas públicas” (POSSAMAI, 2016, p. 387). Mas não basta, conforme explica, disponibilizar dados. Além disso, é preciso, por meio da inclusão, garantir a participação dos cidadãos nesse Governo Aberto, a fim de que se assegure, de maneira mais ampla, a própria cidadania na era digital.

6 Conclusão

O artigo teve como objetivo analisar em que medida os sites públicos estão se tornando mais transparentes em decorrência da obrigatoriedade imposta por uma legislação robusta e da exigência de uma sociedade mais empoderada. Observou-se que esses websites estão não só cada vez mais transparentes e interativos, mas também preocupados em aprimorar os serviços oferecidos aos cidadãos.

A análise foi realizada focalizando avaliações internas e externas do site do Senado Federal, aplicadas entre 2013 e 2017, com base em pesquisas com internautas de todo o Brasil, no Índice de Transparência Legislativa (ITL), na LAI e nas diretrizes da Inter-Parliamentary Union (IPU).

Nesse contexto, o artigo abordou a relação entre publicidade, visibilidade e transparência,

demonstrando que nem sempre mais publicidade e visibilidade de informações significa mais transparência, pois os dados e informações podem ser revestidos de opacidade, com ou sem intenção, o que dificulta sua correta interpretação, principalmente pelas camadas sociais com menor grau de instrução.

Fica claro, pois, que não basta proporcionar transparência e criar mecanismos de participação se não se investir pesadamente no desafio de reduzir a enorme exclusão digital e social, para que todos os cidadãos possam ter as mesmas oportunidades de efetiva compreensão e avaliação dos dados e informações disponibilizados pelos sites públicos. Esse desafio exige não só o acesso à internet e a equipamentos a preços acessíveis, mas também a uma educação de qualidade, que estimule a participação cidadã no processo democrático.

Trata-se, pois, de promover uma mudança cultural que permita a participação de toda a sociedade na construção dos novos mecanismos de exercício da cidadania ativa e de busca conjunta de soluções que garantam a satisfação dos representados no processo político e a fidelidade dos representantes aos anseios daqueles que os elegeram. Por fim, além de transparência e de inclusão digital, é indispensável uma comunicação pública que saiba interagir com o cidadão.

Sobre a autora

Valéria Castanho é mestre em Comunicação Social pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Ciências da Comunicação pela Universidade do Minho, em Braga, Portugal, com cotutela na Universidade de Brasília; analista legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: valeria.castanho@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CASTANHO, Valéria. A transparência e os desafios dos sites públicos na sociedade da informação: a experiência do Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 265-285, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p265

(APA)

Castanho, V. (2019). A transparência e os desafios dos sites públicos na sociedade da informação: a experiência do Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 265-285. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p265

Referências

BENTHAM, Jeremy. Da publicidade. Nota introdutória e tradução de Francisco Jamil Marques. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 6, p. 277-294, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n6/n6a11.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

BORGES, Letícia Almeida. Senado abre projeto de índice de transparência do Poder Legislativo para consulta pública. *Interlegis*, [Brasília, DF], 9 out. 2015. Disponível em: <http://www.interlegis.leg.br/institucional/noticias/2015/10/senado-abre-projeto-de-indice-de-transparencia-do-poder-legislativo-para-consulta-publica>. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 8 maio 2019.

_____. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

_____. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

_____. Senado Federal. *Avaliação do sítio do Senado Federal de acordo com diretrizes internacionais*. Brasília, DF: Senado Federal, 2018b. [Relatório técnico interno].

_____. Senado Federal. *Avaliação do sítio do Senado Federal e apresentação de proposta de modernização*. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. [Relatório técnico interno].

_____. Senado Federal. *Avaliação do sítio do Senado Federal e apresentação de proposta de modernização*. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. [Relatório técnico interno].

_____. Senado Federal. *Avaliação do sítio do Senado Federal e apresentação de proposta de modernização*. Brasília, DF: Senado Federal, 2015a. [Relatório técnico interno].

_____. Senado Federal. *E-cidadania*. Brasília, DF: Senado Federal, [200-]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania>. Acesso em: 8 maio 2019.

_____. Senado Federal. *Índice de transparência legislativa*. [Brasília, DF]: Secretaria de Transparência, Instituto de Pesquisa DataSenado, [2014a]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/transparencia/arquivos/itl/itl-apresentacao>. Acesso em: 9 maio 2019.

_____. Senado Federal. *Manual do índice de transparência do Poder Legislativo*. [Brasília, DF]: Senado Federal, Secretaria de Transparência, 2015b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/transparencia/ctcs/manual-do-indice-de-transparencia-do-legislativo>. Acesso em: 9 maio 2019.

_____. Senado Federal. *Pesquisa sobre a página do Senado na internet*. [Brasília, DF]: Senado Federal, Secretaria de Transparência, 2014b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/relatorio-pagina-do-senado-final-2013>. Acesso em: 22 maio 2019.

_____. Senado Federal. *Pesquisa sobre o portal do Senado: pesquisa DataSenado*. [Brasília, DF]: Senado Federal, Secretaria de Transparência, 2017b. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/relatorio-pesquisa-sobre-o-portal-sf-2017>. Acesso em: 22 maio 2019.

_____. Senado Federal. *Relatório anual estatístico dos pedidos tratados pelo Serviço de Informação ao Cidadão do Senado Federal em 2017*. Brasília, DF: Senado Federal, 2018c.

_____. Senado Federal. *Relatórios LAI*. Brasília, DF: Senado Federal, [201-]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/transparencia/ctcs/relatorios-lai-1>. Acesso em: 9 maio 2019.

_____. Senado Federal. *Secretaria de Transparência trabalha para que informações do Senado estejam cada vez mais acessíveis*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017c. [Intranet do Senado].

_____. Senado Federal. Senado respondeu a mais de 1,3 mil pedidos baseados na Lei de Acesso à Informação em 2016. *Senado Notícias*, Brasília, DF, 22 maio 2017d. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/12/senado-respondeu-a-mais-de-1-3-mil-pedidos-baseados-na-lei-de-acesso-a-informacao-em-2016>. Acesso em: 9 maio 2019.

CASTANHO, Valéria. *Os jornalistas-assessores: encontros e desencontros: uma contribuição ao estudo das assessorias de imprensa no Brasil*. 2001. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Sociedade) – Faculdade de Comunicação, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2001.

_____. Os sites governamentais na era da transparência e da interatividade: um estudo de caso sobre o site do Senado. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; RAMOS, Murilo César; GERALDES, Elen; PAULINO, Fernando Oliveira; SOUSA, Janara; PAULA, Helga Martins de; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; NEGRINI, Vanessa (org.). *Introdução crítica ao direito à comunicação e à informação*. Brasília, DF: Fac Livros, 2016. p. 183-191. (O direito achado na rua, v. 8). Disponível em: https://faclivros.files.wordpress.com/2017/03/faclivros_direitoachadorua8.pdf. Acesso em: 9 maio 2019.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad.: Roneide Venancio Mayer com a colaboração de Klaus Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (Era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

_____. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COMISSÃO INTERNACIONAL PARA O ESTUDO DOS PROBLEMAS DA COMUNICAÇÃO. *Um mundo e muitas vozes: comunicação e informação na nossa época*. Tradução de Eliane Zagury. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1983.

FILGUEIRAS, Fernando. A política pública de transparência no Brasil: tecnologias, publicidade e *accountability*. In: MENDONÇA, Ricardo Fabrino; PEREIRA, Marcus Abílio; FILGUEIRAS, Fernando (org.). *Democracia digital: publicidade, instituições e confronto político*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2016. p. 79-112.

GERALDES, Elen; SOUSA, Janara. As dimensões comunicacionais da Lei de Acesso à Informação Pública. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 36., 2013, Manaus. *Resumos [...]*. Manaus: Intercom, 2013. p. 1-9. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/resumos/R8-1502-1.pdf>. Acesso em: 9 maio 2019.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. *Guidelines for parliamentary websites*. Italy: Giorgetti S.r.L., 2009. Disponível em: www.ipu.org/PDF/publications/web-e.pdf. Acesso em: 9 maio 2019.

LEMONS, André (org.). *Cidade digital: portais, inclusão e redes no Brasil*. Salvador: Ed. UFBA, 2007. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ufba/137/4/Cidade-digital_RI.pdf. Acesso em: 9 maio 2019.

O'NEILL, Onora. Transparency and the ethics of communication. In: HOOD, Christopher; HEALD, David (org.). *Transparency: the key to better governance?* New York: Oxford University Press, 2006. p. 75-90.

POSSAMAI, Ana Júlia. Portal brasileiro de dados abertos: novas práticas para o fortalecimento da democracia e da gestão pública na era digital. In: SILVA, Sivaldo Pereira da; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso (org.). *Democracia digital, comunicação política e redes: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Folio Digital, 2016. p. 365-392.

RELATÓRIO do Projeto Índice de Transparência Legislativa – CLDF 2017. Brasília, DF: Observatório Social de Brasília, 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0B-AaPdU6VdDbSkprdzZuaW1KSVU/view>. Acesso em: 9 maio 2019.

SILVA, Sivaldo Pereira da. Transparência digital em instituições democráticas: horizontes, limites e barreiras. In: MENDONÇA, Ricardo Fabrino; PEREIRA, Marcus Abílio; FILGUEIRAS, Fernando (org.). *Democracia digital: publicidade, instituições e confronto político*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2016. p. 27-54.

STOHL, Cynthia; STOHL, Michael; LEONARDI, Paul M. Managing opacity: information visibility and the paradox of transparency in the digital age. *International Journal of Communication*, [s. l.], v. 10, p. 123-137, 2016. Disponível em: <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/4466/1530>. Acesso em: 9 maio 2019.

The death and resurrection of the twofold admissibility of exceptional appeals in the new CPC

JANAÍNA GOMES GARCIA DE MORAES

Abstract: This article evaluates the use of evidence, in the legislative procedure, regarding the extinction and comeback of the twofold admissibility in exceptional appeals in the Civil Procedure Code of 2015. The evaluation employs as the parameter the good practices for using empirical data presented in the specialized literature on legislative processes, as well as jurists' comments on the theme. Based on this literature, the article confronts legislative documents (bills, amendments, explanatory statements, opinions) with the good practices and critique, concluding that the extinction of the twofold admissibility fell short of them and that its comeback, albeit flawed, observed them partially.

Keywords: Evidence. Legislative procedure. Twofold admissibility. Appeal.

Morte e ressurreição do duplo juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários no novo CPC

Resumo: O artigo avalia o uso de evidências, durante o processo legislativo, referente à extinção e retorno do duplo juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários no Código de Processo Civil de 2015. A avaliação emprega como parâmetro boas técnicas para a utilização de dados empíricos apresentada pela literatura especializada em processo legislativo, assim como o comentário de juristas que se debruçaram sobre o tema. Com base nessa literatura, o artigo confronta documentos legislativos (propostas, emendas, exposições de motivos, pareceres) com as boas práticas e as críticas, concluindo que a extinção do duplo juízo esteve aquém delas e que seu retorno, embora com falhas, cumpriu-as parcialmente.

Recebido em 21/1/19
Aprovado em 11/3/19

Palavras-chave: Evidência. Processo legislativo. Duplo juízo de admissibilidade. Recurso.

1 Introduction

Parties litigate in courts with antagonistic interests, but they can agree on something: Brazilian judicial system is extremely slow. Since the 1960's parties, lawyers and jurists attribute this slowness to the appellation system, as Aragão (2006, p. 18) registers. Appeals, it was said, were numerous, bureaucratic and complicated, with their different names, deadlines, and formalistic prerequisites. Responding to this discontent, the new Civil Procedure Code (CPC) (BRASIL, [2019])¹ published in 2015 and in force since March 2016 reformulated this procedural phase.

To simplify the appellation system, the CPC suppressed the twofold admissibility of appeals. Under the 1973 code (BRASIL, [2013]), for a party appeal of a ruling, she had to present her appeal first to whom uttered the decision (*a quo* instance) for this authority to verify the formal requirements. Then, the appeal would be referred to the superior instance (*ad quem*), which would re-evaluate those same formalities and, afterward, examine its merits. If the *a quo* instance barred the appeal, the party could appeal from this decision via *agravo*² to the superior instance. During the legislative process that led to the CPC, this two-tier arrangement was abolished so only the *ad quem* court would appraise the admissibility requirements, both regarding the appeal from the judge's decision to the state or federal courts (art. 984) and from these to the superior courts (art. 1.030).

During the *vacatio legis* of the CPC, the law 13.256/2016 (BRASIL, 2016a) reformed some parts of the code, including the provision on art. 1.030, restoring the twofold admissibility

exam of exceptional appeals. They encompass the special appeal to the Superior Court of Justice (STJ) and the extraordinary appeal to the Federal Supreme Court (STF) and aim at protecting the federal legislation and the Constitution, respectively, from incorrect interpretation (JORGE, 2017). Their primary goal is to verify if the legal order was applied correctly considering the circumstances of the case. Without the misapplication of the law, the appeal is inadmissible. Thus, to an extent, their admissibility requirements tangentialize the merits, entailing many discussions about how far the *a quo* instance can go (JORGE, 2017).

Many academics engaged in the debate about this provision³. A common worry was that the reformed art. 1.030 allowed the second instance to invade the competence of the superior courts, hindering them from distinguishing cases and evaluating whether the *a quo* court referred only to the admissibility (MEDINA, 2017; MACÊDO, 2016; WAMBIER, 2016; NERY JUNIOR; ABOUD, 2016). In view of this supposed extension of powers of the *a quo* courts, some authors propose a reading of art. 1.030 to make it compatible with the constitution, allowing the STJ and STF to evaluate blurry admissibility requirements (MACÊDO, 2016; CÂMARA, 2017; NERY JUNIOR; ABOUD, 2016; WAMBIER, 2016). Similarly, many scholars claim that the new art. 1.030 could hamper the superior courts from overruling or improving precedents (WAMBIER, 2016; NUNES, 2017; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017,

¹ For acronyms and original expressions, see appendix 1.

² There were different types of *agravo* under the CPC/1973, as well as in the CPC. Here, I shall use the word *agravo* solely to refer to the remedies against the decision denying admissibility to exceptional appeals.

³ For this literature review, I searched from 2011 onwards (see section 4.1) on: a) journals rated A1 to B3 in Qualis; b) online databases (Google Scholar, WorldCat, Magister, Revista dos Tribunais, and Biblioteca Digital Fórum); c) books of renown authors according to my previous experience; d) snowball sampling. Inclusion criteria: the author added his analysis and interpretation. Exclusion criteria: mere description of the new or the old procedure.

p. 416; CÂMARA, 2017; NERY JUNIOR; NERY, 2016; MACÊDO, 2016; MIRANDA, 2016).

Another type of commentary related to formalistic aspects. A few authors emphasized the complicatedness of the new *agravo* system, which counters the simplifying spirit of the CPC (MEDINA, 2017; NERY JUNIOR; ABOUD, 2016). Since parties could have difficulties in reaching the STJ and STF via *agravo*, some scholars proposed wielding other instruments, such as the *reclamação* (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 416; CÂMARA, 2017; GARCIA, 2016). In other authors' opinion, the wording of the new art. 1.030 is not in accordance with the terminologies used in the rest of code (BUENO, 2017, p. 1.173; MACÊDO, 2016; NERY JUNIOR; ABOUD, 2016). It was also noted that, notwithstanding these defects, the functioning of the STJ and STF would be prejudiced without the return of the twofold admissibility because they would receive all exceptional appeals (BUENO, 2017, p. 1.171; JORGE, 2017; MACÊDO, 2016; MENDES; FUCK, 2016; WOLKART, 2016).

The main concern in the doctrine relates to the fitness and implications of the new art. 1.030 CPC in face of the legal order. Shortcomings in the legislative process were mentioned only marginally to signalize the lack of statistical support in the extinction of the twofold admissibility (JORGE, 2017; MACÊDO, 2016; MENDES; FUCK, 2016). None of the authors centered in examining the drafts, bills, and amendments that dismissed and brought back the twofold admissibility of exceptional appeals. This absence is remarkable since the law-making is in the root of the whole controversy, as the hurry in altering the code before it came into force demonstrates.

Filling this gap, this article aims at evaluating the use of empirical evidence in the legislative documents that sought to regulate

the admissibility of exceptional appeals in the CPC/2015. After this presentation of the problem, there will be an explanation of the methods and criteria employed in this paper (section 2), followed by an exposition of the parameter for the evaluation (section 3). Then, the legislative documents will be gauged against the theoretical parameters (section 4), leading to a discussion about their compliance with the standards (section 5), and finally to a conclusion.

2 Methodology

To reach the objective described above, this article seeks to answer the following question: to what extent did the suppression and return of the twofold admissibility of exceptional appeals observe theoretical parameters for the enactment of evidence-based law? Based on Aragão's (2006, p. 31) critique that the Brazilian legislature disregards empirical data, the hypothesis is that both the abolition and restoration of the twofold admissibility of exceptional appeals lacked a systematic gathering of evidence and thorough exam upon them. To test this hypothesis, the legislative documents are assessed against the criteria presented in the following section. The method of assessment consists of analyzing the amendment 825/2011; the bills 414/2015, 2.384/2015, and 2.468/2015; and opinions about these legislative documents (*pareceres*). This exam will be complemented by the critique made by legal scholars in journals and books. Where necessary, articles published in two well-known legal websites (*Conjur* and *Jota*) were added because they displayed important information that was not published in the traditional academic media.

Due to peculiarities of procedural law, this paper relies on some assumptions that exclude some issues problematized by scholars

specialized in legislation and regulation. Unlike material laws, procedural law refers *mainly* to the legal world. Therefore, it concerns legal professionals and scholars, all with somewhat the same level of education and interested in the functioning of the judicial system. Considering this cohesive group, consulting the legal community is not only possible, but necessary because a workable code must rely on sound legal knowledge and address problems faced by practitioners. Thereby, the compromises entailed by public participation, the lack of interest in partaking and the rare usefulness of the public's propositions discussed by Lodge and Wegrich (2015) are not applicable in this field. Another discussion left out of this article concerns whether the extinction and return of the twofold admissibility were symbolic, i.e., enacted so that the legislator appears to be solving the slowness in the procedure instead of really addressing the problem (NEVES, 2011). First, it is necessary to evaluate the quality of the legislative process, then (and elsewhere) assess if and to what extent it was symbolic.

3 Parameters for evaluation

This section presents basic standards for how to use evidence in issuing legislation. To facilitate the assessment, the parameter is divided into two parts, one related to the problem to be addressed (subsection 3.1) and the other related to the projected outcomes (subsection 3.2), even though they are intertwined.

3.1 Evidence-based law

As Rachlinski (2011) and Hahn and Dudley (2003) problematized, there are several difficulties in using evidence in legislative drafting. According to these authors, more

often than not the conclusion of research is contradictory or unclear, thus not indicating to the legislator the best path to follow. Furthermore, anecdotal evidence and availability bias cloud statistically significant results, pushing the norms in their direction. Sometimes even, facts are simply not important because legislators want to act independently from them, using the law to make a statement (symbolic law).

Notwithstanding these complications, the law can be used as an instrument for solving real-life problems, as Seidman and Seidman (2011, p. 103) highlight. To do so, it must rely on evidence that indicates the causes of the behaviors that need changing (SEIDMAN; SEIDMAN, 2011, p. 114). According to their ROCCIPI methodology for gathering data, evidence must encompass the existing rules, the opportunities, capacities, and incentives for obeying the law, how the rule communicates with the actors, the actors' decision-making process and how their ideology shapes their behavior (SEIDMAN; SEIDMAN, 2009). Based on this information, the legislator can identify which behaviors he needs to address, so the law reaches its goals.

The use of evidence has also been addressed by Bardach and Patashnik (2016), who suggest ways for the legislator to gather and apply data. They state that the evidence directed to informing the law does not need to meet academic standards of rigor since time pressure and costs constraints are limitations legislators face. Therefore, if the difference between what can be guessed and the information provided by the data is not likely to be much, it is possible not to collect any data and proceed on an educated guess (BARDACH; PATASHNIK, 2016). When the guesstimate is unjustified, the legislator should gather data *i)* about the problem the legislator is trying to solve, *ii)* concrete situations related to the policy (*e.g.*, budgetary issues and

agency workloads), and *iii*) previous experiences that worked well to address a similar situation (BARDACH; PATASHNIK, 2016).

3.2 Impact assessment

Another aspect legislators must consider is the expected effects the law will produce. The idea behind this assessment is to quantify the costs, benefits and risks involved in the changes envisioned by the law, applying economic and risk analyses (TORRITI, 2010, p. 1.069). According to Torriti (2010, p. 1.077), in practice, many sorts of interests influence the legal provision in a certain direction, even when the outcome of the impact assessment recommends otherwise. Moreover, it is hard to master the technicalities (*e.g.*, specific knowledge about the area to be regulated) and to possess the time and money to conduct the assessment. Hence, Torriti (2010, p. 1.077) concludes that impact assessments are only useful when there are few time, resources, expertise and political constraints. Similarly, Bardach and Patashnik (2016) claim that the projection of the outcome is the most challenging step in elaborating a law. They advise legislators to choose a reference mark for comparison, usually what will happen in the future compared with what happens today, using numeric estimates.

Impact assessment also involves listening to stakeholders and the general public (TORRITI, 2010, p. 1.067). According to Voermans, Napel and Passchier (2015), the consultation of the public enhances the legitimacy of the law, enabling the presentation of new solutions and ways of seeing the problem. They highlight that making a law without “informing and consulting experts, citizens or stakeholders may result in overlooking elements and interests as well as missing out on necessary support of the addressees and actors who will have to implement the law” (VOERMANS; NAPEL; PASSCHIER, 2015, p. 287).

4 Results: Evaluating the demise and resurrection of the twofold admissibility of exceptional appeals in the CPC

4.1 Overview of the legislative process⁴

This section traces a brief history of the extinction of the twofold admissibility in the CPC. The events here narrated were drawn from the writings of Beneti (2011), Camargo (2011), and Silva (2015). Their

⁴See appendix 2.

information was double-checked against the original documents, retrieved from the websites of the Senate and Lower House.

In October 2009, the president of the Senate installed a commission of jurists in charge of drafting a new civil procedure code. The ten jurists worked under the presidency of Luiz Fux, then a justice of the STJ and later of the STF. This commission held public hearings throughout the country and kept an open communication channel via website, which resulted in many suggestions from academics, lawyers, judges. According to the *anteprojeto* (BRASIL, 2010b, p. 364-365), the suppression of the twofold admissibility was proposed in a public hearing held on 15/4/2010. However, this proposal was not accepted, and the draft kept the two-tier scheme.

In 2010, the draft was turned into the bill 166/2010 (BRASIL, 2010c). For its processing, a special commission of senators issued a working plan that established new public hearings, a contact channel via telephone and e-mail, and sending a communication to all justices of the superior courts. On 19/12/2010, the Senate approved the final wording of the bill, which kept the twofold admissibility, sending it to the Lower House, where it received the number 8.046/2010 (BRASIL, [2010a]).

In the Lower House, a deputy presented the amendment 825/2011 (BRASIL, 2011) aiming at extinguishing the twofold admissibility of exceptional appeals. In the justification, the deputy stated⁵ that “around 90%” of the exceptional appeals are not admitted by the *a quo* instance “in the majority of times” due to reasons that invade the competence of the STJ and STF. Moreover, the parties must wait “at least one year” for the *a quo* decision that “certainly” will deny the admission. Then, he proceeded, “85% of the decisions denying admissibility” are subjected to *agravo*, showing the inefficacy of the filter. In 2013, the Lower House special commission handed an opinion (*parecer*) for rejection of this amendment. According to the *parecer*, the “great volume of work” of the superior courts is one of the reasons why procedures take so long; consequently, transferring the exam of admissibility requirement to them would make the judiciary even slower. Despite this contrary opinion, the amendment was accepted, as one can see in the final text of the bill sent to the Senate on 26/3/2014. There is no document on the Lower House website explaining neither why nor when the opinion was rejected.

In the Senate, the bill was processed as SCD 166/2010. In all refinements made by this House, the extinction of the admissibility of exceptional appeals was sustained without any further justification. In 2015, the explicit suppression of the twofold admissibility became positive law in the original text of article 1.030 in the CPC.

⁵ All quotes in this article are my translations.

After the criticism this provision received as soon as the code was published, three bills intended to reestablish the twofold admissibility of exceptional appeals. In the explanatory *memorandum* of the bill 414/2015 (BRASIL, 2015d), the senator stated that, without the *a quo* filter, all appeals would be sent to the STJ and STF. He exemplified with the situation of the federal court of the 4th region (TRF-4), where, between 2014 and 2015, 9.000 appeals had their admissibility denied and no *agravo* was presented against this ruling, thus not sent to those courts. The justification of the bill 2.468/2015 (BRASIL, 2015b) emphasized that the inferior instance already had the personnel and expertise to evaluate the admissibility requirements; consequently, they would not be impacted by the return of the twofold admissibility. Different would be the situation of the superior courts, which would need to hire more civil servants, as the deputy argued. The third bill, 2.384/2015 (BRASIL, 2015a), relied on information provided by the STJ. According to its justification, 48% of all special appeals (146,8 thousand) throughout the country were not sent to the STJ due to the exam carried by the inferior instance. The two former bills were later unified and sent to the Senate as PLC 168/2015 (BRASIL, 2015c), which was annexed to the bill 414/2015.

The senator who issued the opinion about the PLC 168/2015 argued that the twofold admissibility had to return to prevent the “vertiginous amount” of cases that would go to the STJ and STF without it. One of the documents that compose the processing of the PLC 168/2015 is a letter sent by three STJ justices on 14/12/2015. In this document, they showed the increasing number of cases since 1989, so currently, every justice receives around 10.000 cases each year. The justices added that “this picture will be worsened” if the 27 state courts and 5 federal courts do not evaluate admissibility

requirements because all the special appeals will end up in the STJ, amounting to 500.000 yearly cases, including other competences of the court (BRASIL, [2016b]). After the processing, the bill 168/2015 became the law 13.256/2016, modifying art. 1.030 of the new CPC before it entered in force.

4.2 Evidence-based law

According to the criteria presented in subsection 3.1, the amendment 825/2011 should have presented numerical information and described the behaviors that caused the problems it sought to overcome. Neither was achieved. The amendment’s author did not provide any basic information: the source of the percentages mentioned in the justification; the sheer numbers they represented (total of exceptional appeals and *agravos*); to which state and federal courts he referred to; through which method he measured these percentages and the alleged time cases wait for a decision in the *a quo* instance. According to Jorge (2017), Macêdo (2016) and Mendes and Fuck (2016), the suppression of the twofold admissibility was carried out without the support of any empirical data. Considering the absolute lack of information about sources and the methodology in the amendment 825/2011, it seems they were right. Moreover, the amendment did not describe which behaviors it had to change to prevent the unduly invading the superior court’s competence and the slowness in this phase of the procedure. Thus, the amendment 825/2011 did not conform to any theoretical standard for evidence-based law.

Differently, the opinion about the amendment (*parecer*) was in accordance with Bardach’s and Patashnik’s (2016) suggestion of an educated guess due to two reasons: *i*) the little difference between the data and what could be guessed and *ii*) the time and resource constraints. The

assertion that the great volume of work of the superior courts would increase without the *a quo* assessment relies on the well-known and widely debated fact that the STF and STJ have a workload incompatible with their personnel. Consequently, gathering numbers and percentages would not change this conclusion, even though it would consume time and resources of the reporters. Considering that they had to analyze 900 amendments, it would be counterproductive to collect and analyze data to measure the claims of each of them even when the amendment's author did not bother to do so. Therefore, the guesstimate was suited.

Unlike the suppression of the twofold admissibility, its restoration presented concrete numbers and their source, but the use of empirical evidence had many flaws. For one thing, the main source of the PLC 168/2015 was the information provided by the STJ, a deeply-involved party, which could bias the information towards the justices' preconceived perception that they were over-working. Furthermore, the representatives used the data in their bills without any critical assessment. In the bill 414/2015, it is not explained why the situation of the TRF-4 could be extrapolated to all the other 31 courts in the country, especially because state courts have different competences from federal courts. In the bill 2.384/2015, there is no information about the methods the STJ used for collecting and analyzing data, which resulted in gaps. For instance, the bill 2.384/2015 claims that 48% of special appeals are not sent to the STJ, but it does not even say the year(s) this percentage refers to. Furthermore, as Alves and Alfredo (2016) highlighted, the STJ estimate did not differentiate how many of the *agravos* concerned exclusively to denying admissibility of special appeals and how many referred to other unrelated situations, such as those established in the art. 541, § 3º, and art. 543-C, both of

CPC/1973. Finally, it is not clear why and how the STJ numbers could be extrapolated to the STF. Except for the bill 2.468/2015 – whose content was the incapacity of the STF and STJ staff to handle more work, thus appropriate for guesstimate –, the other bills did not observe the theoretical standards for the use of evidence.

4.3 Impact assessment

Once numbers are presented about the current situation, the representatives must discuss how things are likely to be once their proposal is in force (subsection 3.2). In this sense, the amendment 825/2011 should have demonstrated how the workload of the STJ and STF would (not) be affected as a result of the suppression it sought to promote. It should have shown if the change would impact the court's budget, and if their staff would be able to cope with the extra-work or if more civil servants would have to be hired. There is no such information in the explanatory *memorandum*, leading to the conclusion that it overlooked the impacts it would generate.

Another aspect disregarded by the amendment 825/2011 was the consultancy to stakeholders, especially the STJ and STF. In the beginning of the legislative process, while the twofold admissibility was intact, a communication was sent to every justice (section 4.1). Checking the Lower House and Senate websites, no register about communication to justices and jurists about the suppression of the twofold admissibility was found, suggesting there was no formal consultancy. Two events confirm this suspicion: Justice Mendes' statement that the STF did not take part in the drafting of the code whether due to inertia or lack of consultation (MENDES; FUCK, 2016) and the STJ justices' initiative to ask the Senate for the return of the twofold admissibility. The lack

of communication with the courts demonstrates that the amendment 825/2011 did not comply with the standards posed in subsection 3.2.

On the other hand, the bills that sought the return of the twofold admissibility and the *parecer* about amendment 825/2011 did not need to meet the same criteria. Because they intended to keep the already existing scheme, they would not affect the current structure. Their efforts concentrated on demonstrating the problems the extinction of the twofold admissibility would cause. Given this goal, relying on the known numbers to explain that it would be impossible to cope with the new appeals is plausible, thus complying with the parameters (subsection 3.2), especially considering that the legislator would not have time to gather much more data before the CPC entered in force.

Different is the situation of consulting stakeholders. These bills did not take into account the opinion of jurists as the rest of the code. The data was exclusively provided by courts, chiefly the STJ, without any consultation with other members of the legal community, such as lawyers and scholars. There is no information whether they were given the opportunity to express their opinion and present counter-arguments. Therefore, these bills did not comply with the standard for public consultation.

5 Discussion

The extinction of the twofold admissibility fosters an important reflection about the use of empirical data by legislators. During the processing of the CPC, jurists were actively consulted. On the other hand, there is no register that statisticians were invited to organize numerical information. The author of the amendment 825/2011 is a lawyer, so it is likely that he did not know how to collect and examine data to support his claims, confusing anecdotal evidence from his previous experience with the required systematicity necessary to portray an overall general picture, incurring in the pitfalls mentioned in subsection 3.1.

By the same token, the bills about the return of the twofold admissibility indicate that legislators and lawyers are not capable of judging the quality of data. For instance, the numbers they refer to do not discriminate the motives for presenting *agravo* and denying admissibility, which is crucial to the matter of the twofold admissibility. Besides this, there is no indication about possible outliers among the *a quo* courts, interfering in the total result. In this sense, perhaps the TRF-4 is not a good representative of the national picture because it is too different from other courts. The reliance solely on information provided by the STJ is a facet of the same problem since thinking about sampling bias is elementary when dealing

with empirical data. These faults show that, despite the necessity of relying on legal knowledge for drafting procedural law (section 2), when the efficiency of a procedure is to be evaluated, it is essential to count on the assistance of other professionals.

Despite the notorious lack of evidence in the amendment 825/2011, most of the criticism it received related to the absence of impact assessment since the critics argued that the courts could not handle the extra cases. It is possible that the bearing on the work of the courts would be minimal, but the complete disregard for projecting the impact ended up in the repeal of the original wording of art. 1.030. This neglect regarding evidence and impact assessment made it impossible to respond to the criticism directed towards the amendment 825/2011, even though its arguments might have been right.

Nevertheless, the fate of the original art. 1.030 entails another reflection about the interpretation of data, namely, one's previous stance about the matter. Responding to a study published by the presidency of the STF, Justice Fux stated that "statistics show that, normally, when the appeal is not admitted down there⁶, the parties appeal [*agravo*]," hence the STF would not be flooded with new cases (ARABI, 2015; RECONDO, 2015). Although he does not inform what statistics these are, his statement shows that he was aware and in accordance with the suppression of the twofold admissibility. Justice Fux knows the workload of both courts and had access to the numbers they presented after the publication of the CPC, which did not change his position. Equally, some lawyers uphold the extinction of the twofold admissibility (LUCIANO; MARDEN, 2016). It suggests that one's stance about the productivity of the twofold admissibility and *agravo* system might influence how they think the appeal system should be regardless of any data, i.e., their previous ideas affect the interpretation of the data.

Similarly, it seems that the bills that reestablished the twofold admissibility also had a preconceived north: prevent the sending of more appeals. Although the guesstimate was suited in their case, other possible solutions than repealing the provision were kept out of the discussion. For instance, it was possible that the STJ and STF could have required civil servants from the state and federal courts or restructured their functioning during the *vacatio legis*, as Luciano and Marden (2016) suggested. However, no other possibility was debated, as if the only possible way to deal with the new provision was to revoke it.

Moreover, not listening to the rest of the legal community in the return of the twofold admissibility created a new set of problems. As discussed

⁶ Reference to state and federal courts.

in subsection 4.3, the new art. 1.030 reflected the point of view of the STJ solely, even though there are other interested parties in the subject (lawyers, scholars), who could have presented different solutions. The lack of consulting the legal community led to a new art. 1.030 that has been highly criticized in the doctrine (section 1).

This series of mistakes led to a weak law both regarding the suppression and the return of the twofold admissibility of exceptional appeals. The amendment 825/2011 fell short in all the standards, but had its *parecer* exhibited reliable numbers, it would be more difficult for that amendment to prevail, preventing the problems that followed. The ensuing bills that sought to restore the twofold admissibility also could have avoided the flaws that cause an unsettled discussion among scholars, justices, and legislators about the new art. 1.030. So, even when the legislative documents comply with theoretical parameters, an extra care could save efforts, money, and time. However, legislators are not liable for the faulty bills they propose, so there is no incentive for having the extra work a good bill requires or punishment for not complying with basic standards.

Finally, the problems and difficulties in measuring the efficiency of the twofold admissibility invite future reflections about the suitability of enacting an experimental legislation (RANCHORDÁS, 2013). Extinguishing the twofold admissibility for some courts during a period would enable the evaluation of the dynamics of the exceptional appeals and *agravos*. This would allow the gathering of more data, comparing the results in different courts, and then choosing one system.

6 Conclusion

As Aragão (2006) remarked, reforming the law without statistics is an old habit of the Brazilian legislators. The pattern was repeated in the CPC, resulting in a partial confirmation of the initial hypothesis. The suppression of the twofold admissibility of exceptional appeals did not comply with the theoretical parameters presented on section 3 since the amendment 825/2011 did not rely on any data about the current situation and did not evaluate the impacts it would create. On the other hand, the reinstatement of the twofold admissibility of exceptional appeals complied partially with the parameters since they used an informed guesstimate, although with defects. These deficiencies relate to an unjustified exclusion of other data, perspectives, and solutions.

Besides these flaws in the use of evidence, the situation here portrayed illustrates other sorts of problems. For one thing, the different positions of Justice Fux and his peers demonstrate that interpreting the data has a

strong component of personal inclination. Furthermore, this account shows that lawyers can provide legal insights, such as about constitutionality, but cannot measure the efficiency of procedures due to a lack of training in handling empirical data; nevertheless, other professionals are not consulted. As a result, the defective use of evidence leads to repeated reforms in procedural law (ARAGÃO, 2006), as the twofold admissibility saga demonstrates.

Sobre a autora

Janaína Gomes Garcia de Moraes é mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil; mestranda no Research Master in Law pela Universidade de Tilburg, Tilburg, Países Baixos; auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Espírito Santo, Vitória, ES.
E-mail: janagm@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

MORAES, Janaína Gomes Garcia de. The death and resurrection of the twofold admissibility of exceptional appeals in the new CPC. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 287-303, abr./jun. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p287

(APA)

Moraes, J. G. G. de (2019). The death and resurrection of the twofold admissibility of exceptional appeals in the new CPC. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(222), 287-303. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p287

References

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; ALFREDO, T. C. O juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário: uma análise econômica. *Revista Direito Empresarial*, Curitiba, v. 2, p. 49, 2016.

ARABI, Abhner Youssif Mota. Será mesmo o novo Código de Processo Civil que vai “inundar” o STF? *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 18 abr. 2015. Available at: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-18/mesmo-cpc-inundar-stf>. Access: Mar. 15, 2019.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Demasiados recursos? *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 9-31, jun. 2006.

BARDACH, Eugene; PATASHNIK, Eric M. *A practical guide for policy analysis: the eightfold path to more effective problem solving*. 5th ed. Los Angeles: CQPress/Sage, 2016.

BENETI, Sidnei. A reforma do Código de Processo Civil e os recursos para os tribunais superiores. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, ano 48, n. 190, p. 243-250, abr./jun. 2011. Available at: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242956/000940005.pdf?sequence=3>. Access: Mar. 15, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. [EMC nº 825, de 2011]. Altera a redação do parágrafo único do artigo 984 do PL nº 8.046, de 2010, que trata sobre o protocolo do agravo de instrumento. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2011. Available at: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=955703&filename=EMC+825/2011+PL602505+%3D>+PL+8046/2010. Access: Mar. 15, 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.384], de 2015*. Disciplina o juízo prévio de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial; altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil e dá outras providências. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2015a. Available at: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362368&filename=PL+2384/2015. Access: Mar. 15, 2019.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº [2.468], de 2015*. Disciplina o processo e julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial e dá outras providências. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados], 2015b. Available at: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366100&filename=PL+2468/2015. Access: Mar. 15, 2019.

_____. Câmara dos Deputados. [Projeto de Lei 8.046, de 2010]. Código de Processo Civil. [Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010a]. Available at: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=18B5C25AF04A49F4525F01855169C2DC.proposicoesWebExterno2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010. Access: Mar. 15, 2019.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. [Revogada]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Access: Mar. 15, 2019.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Access: Mar. 15, 2019.

_____. *Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016*. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm. Access: Mar. 15, 2019.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010b.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 168, de 2015*. Disciplina o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial; altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. [Brasília, DF]: Senado Federal, 2015c. Available at: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994941&ts=1548953845651&disposition=inline>. Access: Mar. 15, 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010*. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2010c. Available at: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&ts=1548960363267&disposition=inline>. Access: Mar. 15, 2019.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 414, de 2015*. Dispõe sobre o juízo [de] admissibilidade do recurso extraordinário ou especial e instaura o recurso de agravo de admissão, nos próprios autos, dessa decisão, alterando dispositivos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. [Brasília, DF: Senado Federal], 2015d. Available at: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3408857&ts=1548951979747&disposition=inline>. Access: Mar. 15, 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ofício [nº 877-15/GP – STJ]*. Brasília, DF: Senado Federal, [2016b]. Available at: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3995013&ts=1548953846126&disposition=inline>. Access: Mar. 19, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Cem novidades do novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, ano 48, n. 190, p. 315-329, abr./jun. 2011. Available at: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242901/000923137.pdf?sequence=1>. Access: Mar. 15, 2019.

CANÁRIO, Pedro. STJ propõe ao Congresso restabelecer regras de admissibilidade de recursos. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 14 jul. 2015. Available at: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/stj-restabelecer-regras-admissibilidade-cpc>. Access: Mar. 15, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei nº 13.256/2016 e reforma do Código de Processo Civil de 2015: juízo de admissibilidade dos recursos. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 41, n. 258, p. 225-234, ago. 2016.

HAHN, Robert W.; DUDLEY, Patrick M. The disconnect between law and policy analysis: a case study of drivers and cell phones. *Administrative Law Review*, [s. l.], v. 55, n. 1, p. 127-185, 2003.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. Crowdsourcing and regulatory reviews: a new way of challenging red tape in British government? *Regulation & Governance*, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 30-46, 2015. DOI: 10.1111/rego.12048. Available at: http://www.transcrisis.eu/wp-content/uploads/2015/10/Lodge_et_al-2015-Regulation__Governance.pdf. Access: Mar. 18, 2019.

LUCIANO, Pablo Bezerra; MARDEN, Carlos. Fim do duplo juízo de admissibilidade: uma oportunidade em risco. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 2 fev. 2016. Available at: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/fim-duplo-juizo-admissibilidade-opportunidade-risco>. Access: Mar. 18, 2019.

MACÊDO, Lucas Buri de. A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários: o pernicioso art. 1.030 do CPC e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 187-221, dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 3. ed. rev., atual. e ampl. da obra *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; FUCK, Luciano Felício. Novo CPC e o recurso extraordinário. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 41, n. 261, p. 263-279, nov. 2016.

MIRANDA, Victor Vasconcellos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I "A". *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 41, n. 258, p. 419-446, ago. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. *Revista de Processo*: RePro, São Paulo, v. 41, n. 257, p. 217-235, jul. 2016.

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

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca Jurídica WMF).

NUNES, Elpidio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

RACHLINSKI, Jeffrey J. Evidence-based law. *Cornell Law Review*, [Ithaca, NY], v. 96, n. 4, p. 901-924, 2011. Available at: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3208&context=clr>. Access: Mar. 18, 2015.

| Original name | Original acronym | Used in the article | Brief description |
|------------------------|-------------------|----------------------|--|
| Recurso Especial | - | Special appeal | Appeal parties wield when they understand the federal law was not correctly applied in their case |
| Recurso Extraordinário | - | Extraordinary appeal | Appeal parties wield when they understand the Constitution was not correctly applied in their case |
| Agravo | - | Agravo | Appeal to counter rulings that do not decide the merits; among them is the decision about admissibility requirement of appeals |
| Reclamação | - | Reclamação | Remedy to preserve the precedents and the competence of courts |
| Senado | - | Senate | The Legislative House that comprises the representatives of the states |
| Câmara dos Deputados | - | Lower House | The Legislative House that comprises the representatives of the people in each state |
| Anteprojeto | - | Draft | A preliminary work |
| Projeto de Lei | PL, PLS, SCD, PLC | Bill | Proposal for a new law. The acronyms vary in the Houses according to the author of the bill and where it came from |
| Emenda | - | Amendment | A proposal to modify a bill |
| Parecer | - | Opinion | The opinion about bills and amendments |
| Ofício | - | Letter | The vehicle of formal communication between institutions |

Appendix 2

| Date | Legislative document | Content | Organ |
|---------------|--|--|-------------------------------------|
| October/2009 | Act 379/2009 | Installs commission of jurists to draft a new CPC | Senate |
| June/2010 | Jurists' Draft (Anteprojeto) | First draft of the new CPC – twofold admissibility kept | Commission of Jurists to the Senate |
| June/2010 | Bill (Projeto de Lei do Senado – PLS) 166/2010 | Senate's CPC bill (same text of the anteprojeto – twofold admissibility kept) | Senate |
| December/2010 | Bill (Projeto de Lei na Câmara dos Deputados) 8.046/2010 | CPC bill received from the Senate (twofold admissibility kept) | Senate to the Lower House |
| December/2011 | Amendment 825/2011 | Sought to extinguish the twofold admissibility | Lower House |
| May/2013 | Opinion about amendments presented (Parecer) | Opined for rejecting the amendment 825/2011 | Lower House |
| March/2014 | Bill (Projeto de Lei SCD) 166/2010 | Lower House's CPC bill 8.046/2010 send to the Senate (without the twofold admissibility) | Lower House to the Senate |

| Date | Legislative document | Content | Organ |
|---------------|---|--|---------------------------|
| March/2015 | Law 13.105/2015 | CPC (original wording – without the twofold admissibility) | - |
| July/2015 | Bill (Projeto de Lei do Senado – PLS) 414/2015 | Sought to return the twofold admissibility | Senate |
| July/2015 | Bill (Projeto de Lei) 2.384/2015 | Sought to return the twofold admissibility | Lower House |
| October/2015 | Bill (Projeto de Lei) 2.468/2015 | Sought to return the twofold admissibility | Lower House |
| October/2015 | Bill (Projeto de Lei da Câmara) 168/2015 | Unified the bills 2.468/2015 and 2.384/2015, and annexed the bill 414/2015 in the Senate | Lower House to the Senate |
| November/2015 | Opinion about the Bill 168/2015 (Parecer) | Opined for returning the twofold admissibility | Senate |
| December/2015 | Letter from three STJ justices to the Senate (Ofício) | Asked for the return the twofold admissibility | STJ to the Senate |
| February/2016 | Law 13.256/2016 | Returned the twofold admissibility | - |

50 ANOS DA LIVRARIA DO SENADO

A Livraria do Senado iniciou suas atividades em 1969 para comercializar a *Revista de Informação Legislativa*, criada seis anos antes. Desde então, seu catálogo tem sido ampliado com obras sobre direito, legislação, história, filosofia e literatura, editadas principalmente pela *Coordenação de Edições Técnicas* e pelo *Conselho Editorial*. Hoje, além de manter dois estandes de venda em Brasília e um site na internet (livraria.senado.leg.br), ela participa anualmente de feiras do livro em todas as regiões do país, a fim de estar mais próxima do cidadão.

Em seus 50 anos de atividade, a Livraria do Senado preservou o compromisso de disseminar o conhecimento por meio de livros impressos e digitais publicados pelo Senado Federal. Além de vender obras a preço de custo, ela disponibiliza a maior parte de seu acervo gratuitamente em formato digital. Afinal, é este o seu princípio fundamental: garantir às pessoas o acesso à informação.

Livraria do Senado

O livro certo para cada tipo de leitor.

Prédio da Secretaria de Editoração e
Publicações. Brasília, DF, 1982.



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X

