



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 57

227

julho a setembro de 2020

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



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 57

227

julho a setembro de 2020

SENADO FEDERAL





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 e de Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, consequentemente, 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. EDITOR EXECUTIVO: Raphael Melleiro. GESTÃO DE

SUBMISSÃO: Glaucia Cruz. REVISÃO: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO: Rejane Campos.

Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

POLÍTICA DE ACESSO E DIREITO DE USO: A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/>), sendo publicada sob uma licença Creative Commons na modalidade “atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença” (CC BY-NC-SA 3.0 BR).

INDEXADORES: Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibict CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadadas, Latindex, Livre – Revistas de Livre Acesso, Portal de Periódicos Capes, Redib – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas, Ulrichsweb.

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

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto 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. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Wuhan University, Wuhan, Hubei, China / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / 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 Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Claudia Santana, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Receita Federal, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caetano Ernesto Pereira de Araújo, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, 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 / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, 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 / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 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. Fabricio 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 Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 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 / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Gabriel Saad Kik Buschinelli, Ibmecc, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Henrique Aniceto Kujawa, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ielbo Marcus Lobo de Souza, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Ivar Alberto Martins Hartmann, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, 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 / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Larissa Lauda Burmann, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Ma. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Ma. Licemar Vieira Melo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Passo Fundo, RS, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcelo Weick Pogliese, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Iorio Aranha, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 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 Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / 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. Mariana Cirne Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Marilsa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Dr. Maurício 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 / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, 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. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, 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 / Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / 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 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 / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 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 / 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 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 / Dra. Rosângela Marina Luft, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecedes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Sônia Leticia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, 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 Rodrigues Silame, Universidade Federal de Alfenas, Alfenas, MG, 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 / 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. Vicente Riccio Neto, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, 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 / Me. Wladimir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

Antonio Marcos da Silva de Jesus é mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, DF, Brasil; procurador da República, Ministério Público Federal, Brasília, DF, Brasil. / Carolina Zancaner Zockun é doutora e mestra em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professora de Direito Administrativo da graduação da PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; procuradora da Fazenda Nacional. / Douglas Alencar Rodrigues é ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, Brasil. / Eduardo Fortunato Bim é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; procurador federal, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil. / Fernando Laércio Alves da Silva é doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, Campos, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Viçosa, MG, Brasil; investigador visitante em estágio pós-doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professor adjunto da UFV, Viçosa, MG, Brasil; colíder do Grupo de Pesquisa em Direito, Política, Economia e Sociedade (GPDIPES) da UFV, Viçosa, MG, Brasil; advogado. / Guilherme Prado Bohac de Haro é mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil; doutorando em Direito na Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil; professor de Direito Econômico e Empresarial do Centro Universitário Toledo, Presidente Prudente, SP, Brasil; advogado. / Jefferson Aparecido Dias é doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; procurador da República em Marília, SP, Brasil; docente permanente do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil. / Luca Verzelloni é doutor em Sociologia e Pesquisa Social pela Faculdade de Sociologia da Universidade de Trento, Trento, Itália; investigador do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; investigador associado do Instituto de Investigação sobre os Sistemas Judiciais; professor adjunto da Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; coordenador científico dos cursos para aspirantes ao cargo de juiz-presidente de tribunal, organizados pela Escola Superior da Magistratura Italiana, Florença, Itália. / Maria Isabel Gallotti Rodrigues é ministra do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Brasil. / Maurício Zockun é doutor em Direito Administrativo e mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Administrativo da graduação, mestrado e doutorado da PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, São Paulo, SP, Brasil. / Paulo Fernando Soares Pereira é doutor em Direito, Constituição e Democracia pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão, São Luís, MA, Brasil; procurador federal, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil. / Rubia Carneiro Neves é doutora em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG,

Brasil; professora de Direito Empresarial da graduação e de Sistema Financeiro Nacional, Negócios e Regulação da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Sirlene Nunes Arêdes é doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora da graduação em Direito da Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil; procuradora da Câmara Municipal de Belo Horizonte, MG, Brasil. / Stanley Plácido da Rosa Silva é doutor em História Econômica pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em História Social pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenador acadêmico do Instituto do Legislativo Paulista, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. / Valéria Castanho é mestra em Comunicação Social pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Ciências da Comunicação na Universidade do Minho, Braga, Portugal, em cotutela da UnB; analista legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Walkiria Martinez Heinrich Ferrer é doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Marília, SP, Brasil; pós-doutora em Sociologia do Trabalho pela Unesp, Marília, SP, Brasil; docente permanente do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil.

Sumário

Autores convidados

- 11 **A eficácia subjetiva das sentenças em ações coletivas à luz da doutrina de Teori Albino Zavascki**
O estado da arte na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Douglas Alencar Rodrigues

Artigos

- 43 **A eficácia dos pareceres da consultoria jurídica no órgão de advocacia de Estado e na Administração Pública**
Eduardo Fortunato Bim
- 81 **A mediação penal em Portugal doze anos depois**
Início, meio e fim (?)
Fernando Laércio Alves da Silva
Luca Verzelloni
- 105 **A confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do Ministério Público**
Uma abordagem analítico-comportamental do Direito
Antonio Marcos da Silva de Jesus
- 131 **E os negros? Onde estão os negros?**
Antirracismo patrimonial e os quilombos
Paulo Fernando Soares Pereira
- 155 **A influência da liberdade econômica nos índices de aferição da qualidade das democracias**
Guilherme Prado Bohac de Haro
Jefferson Aparecido Dias
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

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

- 177 **Estatuto das empresas estatais**
As empresas estatais obrigadas a licitar e contratar segundo a Lei nº 13.303/2016
Maurício Zockun
Carolina Zancaner Zockun
- 193 **Da opinião à cooperação**
Uma reflexão sobre a participação do cidadão na democracia digital
Valéria Castanho
- 211 **Medindo o desempenho do Poder Legislativo**
O que esperar das Câmaras Municipais?
Sirlene Nunes Arêdes
Stanley Plácido da Rosa Silva
- 229 **Inova Simples aplicado ao modelo de remuneração da**
universidade pública por incubação de *startups*
Um exame da Universidade Federal de Minas Gerais
Rubia Carneiro Neves

A eficácia subjetiva das sentenças em ações coletivas à luz da doutrina de Teori Albino Zavascki

O estado da arte na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES

DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES

Resumo: No presente artigo, examina-se a questão da eficácia subjetiva de sentenças coletivas proferidas em ações civis coletivas, com base no art. 16 da Lei nº 7.347/1985 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Considerando que essa questão será objeto de análise pelo STF em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, recordam-se os critérios de legitimação das entidades de classe para a defesa coletiva de direitos e os conceitos e distinções entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por fim, defende-se a necessidade de retificação do entendimento jurisprudencial do STJ, com a limitação dos efeitos subjetivos das sentenças coletivas nos exatos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/1985.

Palavras-chave: Ações coletivas. Associações. Legitimidade. Sentença. Eficácia subjetiva.

The subjective strength of sentences in class actions in the light of Teori Albino Zavascki's doctrine: the state of art of case law in Superior Court of Justice of Brazil

Abstract: This article aims to examine the subjective effectiveness of collective sentences issued in class action law suits within civil law, based on section 16 of act number 7347 of 1985 as well as the caselaws from the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ). Considering that this issue will be analyzed by STF, in an Extraordinary Appeal with recognized general repercussion, the criteria for legitimizing class entities for the collective defense of rights and the concepts and distinctions between diffuse, collective and homogeneous individual rights

Autores convidados

are regarded. Finally, the need to rectify STJ's understanding is defended, with the limitation of the subjective effects of collective sentences, in the exact terms of said act.

Keywords: Class actions. Associations. Legitimacy. Sentence. Subjective effectiveness.

1 Introdução: atualidade e relevância da questão

Em recente decisão, o ministro Alexandre de Moraes determinou a suspensão nacional de todos os processos em que se discuta a abrangência do limite territorial de eficácia de sentenças coletivas, questão regulada pelo art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (LACP) (BRASIL, [2014a]), com a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 9.494/1997 (BRASIL, [2009a]).¹

Trata-se de preciosa oportunidade para o amadurecimento do debate e a solução definitiva de controvérsia que agita o mundo jurídico desde a edição da Lei nº 9.494/1997, cujos arts. 2º e 2º-A alteraram não apenas o art. 16 da LACP (Lei nº 7.347/1985), mas também a regência das ações coletivas propostas por entidades associativas, estabelecendo que a sentença civil terá eficácia limitada à circunscrição territorial do órgão jurisdicional prolator.

Embora o STF tenha afirmado a constitucionalidade da nova redação do art. 16 da LACP no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.576 (relator ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 1997), e ainda tenha declarado a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 612.043, que fora submetido ao rito da repercussão geral (também sob a relatoria do ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2011b), a interpretação desses dispositivos em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, [2017a]) continua causando acesa polêmica doutrinária e grave divergência entre os Tribunais do País.

Com base na doutrina de Teori Zavascki, este estudo objetiva contribuir para o debate, expondo a evolução da jurisprudência a propósito do tema no STJ e no STF e as perspectivas que se abrem a partir da definição do Tema 1.075 da Tabela de Repercussão Geral do STF.

¹ Publicada no Diário da Justiça Eletrônico de 20/4/2020, a decisão foi tomada no âmbito do RE 1.101.937 (BRASIL, 2020a), cuja repercussão geral foi reconhecida, sendo objeto do Tema 1.075.

2 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: recordando conceitos e estabelecendo distinções

Para a adequada compreensão e resolução do Tema 1.075 da Tabela de Repercussão Geral do STF, deve-se recordar a distinção entre direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*, de um lado, e direitos individuais homogêneos, de outro. Transcorridos trinta anos do advento da Lei nº 8.078/1990, em cujo art. 81 tais direitos e interesses foram objeto de expressa definição, são ainda hoje identificadas dificuldades de compreensão dessas categorias de direitos coletivos, o que tem ensejado a prolação de sentenças judiciais lesivas ao devido processo legal.

Como ponto de partida para as reflexões que serão apresentadas no presente estudo, cabe recordar a doutrina do ministro Teori Zavascki:

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). *Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis.* Os direitos coletivos comportam sua aceção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. *O que é múltipla (e indeterminada) é sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. “Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo stricto sensu.* É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo. Na definição de Péricles Prade, “são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade”.

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. [...] Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II

e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. Em outras palavras, os direitos homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”. Quando se fala, pois, em “defesa coletiva” ou em “tutela coletiva” de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa (ZAVASCKI, 2011, p. 33-35, grifos nossos).²

Prossegue Zavascki (2011, p. 37) traçando utilíssimo quadro comparativo, em que sintetiza que os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis, insusceptíveis de apropriação individual e transmissão *inter vivos* e *causa mortis*, insusceptíveis de renúncia ou transação:

sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, art. 333, parágrafo único, I).

²Esses conceitos doutrinários a respeito das características e distinções entre direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos foram acolhidos pelo Plenário do STF em acórdão lavrado com a seguinte ementa: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III). 2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo. 3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (*an debeat, quid debeat e quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeat* e o *quantum debeat*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios. [...] (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ). 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento” (BRASIL, 2014c, p. 1-3).

A mutação dos titulares ativos se dá com absoluta informalidade (difusos), bastando alteração nas circunstâncias de fato, ou relativa formalidade (coletivos), mediante a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base.

Diferentemente, ainda segundo as precisas distinções inscritas no quadro comparativo citado, os direitos individuais homogêneos são divisíveis – fazem parte do patrimônio individual do seu titular; são transmissíveis por ato *inter vivos* e *causa mortis*, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais); são susceptíveis de renúncia ou transação; “são defendidos em juízo geralmente por seu próprio titular. A defesa por terceiro ocorre em forma de representação (com aquiescência do titular). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em lei (CPC, art. 6º); a mutação de polo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ato ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão *mortis causa*, usucapião etc.)” (ZAVASCKI, 2011, p. 37).

Com base nessas características, Zavascki (2011, p. 48-49, grifos nossos) conclui que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são tutelados em juízo por meio de ação popular ou ação civil pública, ao passo que os direitos individuais homogêneos o são por meio de “ações civis coletivas”, nelas incluído o mandado de segurança coletivo:

Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero de direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identificá-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais. No entanto, os

direitos individuais, não obstante homogêneos, são direitos subjetivos individuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais. Entre esses e os direitos coletivos, portanto, as diferenças são mais acentuadas e a sua identificação, conseqüentemente, é mais perceptível.

[...]

Das considerações feitas, é possível estabelecer, com mais objetividade, a relação entre os direitos (materiais) a serem tutelados e os seus correspondentes instrumentos processuais. Se, do ponto de vista do direito material, são distintos e inconfundíveis os direitos coletivos *lato sensu* (= transindividuais, difusos e coletivos *stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos, não se pode estranhar que, para tutelá-los em juízo, sejam também distintos os instrumentos criados pelo legislador, nomeadamente no que se refere aos modos e aos limites da legitimação ativa e à natureza das providências suscetíveis de postulação em juízo. É equivocada, por exemplo, a suposição, largamente difundida, de que a ação civil pública, criada pela Lei 7.347/85, e destinada a tutelar direitos transindividuais, pode ser também indiscriminada e integralmente utilizada para a tutela de direitos individuais. Diferentemente do que ocorre em relação a esses últimos, os conflitos a respeito de direitos transindividuais geram, por sua própria natureza, o que Barbosa Moreira denominou, corretamente, de “litígios essencialmente coletivos”, já que caracterizados, sob o aspecto subjetivo, como “concernentes a um número indeterminado e, pelo menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos”, e, sob o aspecto objetivo, “porque o seu objeto é indivisível”. “Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior”, esclarece o mesmo autor. “O seu objeto é por natureza indivisível”, já que “é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos

mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação da paisagem. É impensável que a solução, seja ela qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária e incindível”. *Ora, a formação processual da ação civil pública foi desenvolvida para atender a essa espécie de litígios, e não a outros, relativos a direitos individuais.*

Na verdade, ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou impostas pelo princípio da analogia, pode-se identificar, em nosso sistema processual, um subsistema que delinea claramente os modos e os instrumentos de tutela dos direitos coletivos (que são as ações civis públicas e a ação popular) e os modos e os instrumentos para tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais (que são as ações civis coletivas, nelas incluído o mandado de segurança coletivo).

Zavascki lembra ainda que há hipóteses em que de uma única situação de fato podem decorrer lesões a direitos transindividuais e a direitos individuais homogêneos, caso em que será possível a cumulação de pedidos. Advertia, porém, que não é porque eventualmente possam ter sua proteção postulada em ação civil pública que os direitos individuais se transformariam em transindividuais:

Conforme observamos anteriormente, há hipóteses em que de uma única situação de fato decorrem, ou podem decorrer, simultânea ou sucessivamente, lesões a direitos transindividuais e a direitos individuais homogêneos. Exemplificamos com a veiculação de publicidade enganosa e com o transporte irregular de produtos tóxicos, fatos que acarretam ameaça a pessoas indeterminadas (consumidores em geral) e ao meio ambiente (direito de natureza transindividual e difusa), e, havendo aquisição da mercadoria objeto da publicidade ou o derramamento do produto tóxico transportado, acarretam também danos a patrimônios jurídicos de pessoas determinadas.

Em situações dessa natureza, o direito processual há de oferecer meios adequados para permitir a proteção integral e efetiva de todos os direitos ameaçados ou violados, inclusive, se for o caso, mediante a cumulação de pedidos e de causas.

[...]

É certo, de qualquer modo, no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, que a sentença de procedência, eventualmente proferida no processo em que se der a cumulação, deverá ter natureza genérica. Para o seu posterior cumprimento, as pessoas lesadas deverão promover demanda autônoma, em nome próprio (ação de cumprimento), na qual serão identificados e liquidados os danos individualmente indenizáveis, cujo produto reverterá ao seu próprio patrimônio individual (e não, como ocorre com os direitos transindividuais, ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei 7.347/85). É que a possibilidade de cumulação é questão de natureza processual, que não altera nem compromete a natureza material do direito lesado ou ameaçado. Não é porque podem ter sua proteção postulada em ação civil pública que os direitos individuais vão deixar de ser direitos individuais para se transformar em transindividuais. *O direito material não nasce com o processo ou por causa dele – é anterior a ele.* O processo, que é logicamente um *posterius*, somente terá razão de ser quando o direito – afirmado como já existente – estiver ameaçado ou for atacado por ato lesivo (ZAVASCKI, 2011, p. 61-62, grifo nosso).

A doutrina de Zavascki distingue claramente a “ação civil pública”, vocacionada à tutela de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*), e a “ação civil coletiva”, instrumento processual de defesa de direitos individuais homogêneos. Certamente, porém, o rito processual escolhido não altera a natureza da relação jurídica controvertida, além de ser possível a cumulação de pedidos transindividuais e individuais homogêneos na mesma ação quando decorrentes da mesma causa de pedir remota.

3 A legitimidade exponencial das associações para as ações civis coletivas: representação ou substituição processual, ações ordinárias e mandado de segurança coletivo

Postas as premissas conceituais dos direitos coletivos em sentido amplo, observa-se que a legitimidade das associações para o ajuizamento de ações civis coletivas tem assento no art. 5º, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) nos seguintes termos: “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (BRASIL, [2019a]).

Parte expressiva da doutrina sustenta que o termo “representação” foi impropriamente empregado, devendo-se entender que se cuida de substituição processual.³ Com efeito, na substituição processual, o sujeito ativo defende em nome próprio interesse alheio: a associação civil atua em nome próprio, mas em defesa de direitos dos substituídos. Todavia, a substituição processual, hipótese de legitimação extraordinária, depende de expressa autorização em lei (Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), art. 6º, e Código de Processo Civil de 2015 (CPC), art. 18) (BRASIL, [2015a], [2019b]),

³ A esse respeito, contudo, o ministro Marco Aurélio pondera em seu voto no Mandado de Segurança (MS) 21.514: “Sempre tenho presente a premissa de que o direito é uma ciência e, como tal, possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, havendo de se presumir que o legislador, especialmente o constituinte, haja atuado com técnica, atentando pelo fato de que o esmero no emprego da linguagem é essencial à relação do sentido correto da disposição normativa. Destarte, impossível é confundir hipótese reveladora de representação, a exigir autorização do titular do direito e de abrangência ilimitada, considerada a matéria a ser tratada na demanda – como é a disciplinada no inciso XXI em comento – com a relativa à substituição processual, quando o substituto, frente à aproximação dos respectivos interesses com os do substituído, adentra o Judiciário em nome próprio na defesa de interesses deste último” (BRASIL, 1993, p. 323).

a qual somente é conferida diretamente pela Constituição às associações civis para a propositura de mandado de segurança coletivo (CRFB, art. 5º, LXX, b).

De fato, para a impetração de mandado de segurança coletivo, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que tem legitimidade extraordinária a associação civil legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa dos direitos de seus membros e associados, independentemente de autorização específica para atuar (BRASIL, 2004, 1996), não sendo necessário igualmente o cumprimento da regra inscrita no art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, de instrução da petição inicial com a relação nominal dos associados da impetrante e de seus respectivos endereços (BRASIL, 1993, 1995, 2002).

Essa distinção é adequada, oportuna e facilmente justificável. O mandado de segurança destina-se apenas à proteção de direito líquido e certo quando o responsável pelo ato abusivo é autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público (CRFB, art. 5º, LXIX e LXX). Trata-se, pois, de remédio constitucional de natureza peculiar para corrigir, de forma pronta, ato supostamente ilegal de autoridade praticado em detrimento de direito individual homogêneo ou coletivo da categoria dos associados. A prova deve ser documental e pré-constituída. Não se confunde com ação de cobrança, e a sentença mandamental não contempla efeitos patrimoniais pretéritos.

Por sua vez, as ações pelo rito ordinário merecem tratamento constitucional e legal diferente, pois se prestam a toda sorte de postulações – voltadas contra entes públicos ou privados, de direitos coletivos ou individuais, não necessariamente afins às pessoas congregadas na entidade autora – e para cujo deslinde poderá ser necessária fase instrutória. À sentença condenatória, quando ilíquida, segue-se fase de liquidação e execução.

A substituição processual autorizada diretamente pela Constituição ocorre, portanto, em mandados de segurança coletivos – quer sejam im-
petrados por sindicatos ou por associações, nos termos do art. 5º, LXX, da
CRFB – ou em ações, mesmo ordinárias, ajuizadas por sindicatos (CRFB,
art. 8º, III) em prol de interesses da categoria. No caso de sindicatos, o
tratamento diferenciado também tem sentido próprio, dado o princípio
da unicidade sindical (CRFB, art. 8º, II).

Diversamente, contudo, em se tratando de ação ordinária ajuizada por
associação civil, a Constituição prevê a hipótese de representação em defesa
de seus filiados, para a qual é necessária a autorização expressa (CRFB,
art. 5º, XXI). No julgamento da Ação Originária 152, discutiu-se no STF
se essa exigência, estabelecida pelo art. 5º, XXI, da CRFB, seria satisfeita
com uma autorização prévia e genérica constante dos atos constitutivos
da associação ou, em caso negativo, se bastaria a autorização específica
para o ajuizamento de determinada ação aprovada em assembleia geral
ou, de forma mais restritiva, se ela deveria ser conferida individualmente
pelo associado.

O ministro Carlos Velloso, que entendia necessária a autorização
individual de cada associado, divergiu do relator, ministro Sepúlveda
Pertence, de cujo voto vencedor os seguintes trechos devem ser destacados:

Nem desconheço que, levada às últimas consequências a menção do dis-
positivo questionado à *representação* e entendida esta conforme a noção
corrente do Direito Privado ordinário e pré-constitucional, seria difícil
fugir à conclusão restritiva ora prestigiada pelo em. Ministro Presidente.

Estou, porém, *data venia*, em que a conclusão padece de um pecado mortal:
o de reduzir a nada o alcance da norma constitucional inovadora, sem a
qual – se se reclama para legitimar a associação a autorização individual
de cada filiado – as coisas continuariam tal e qual.

De fato, antes da Constituição, a ninguém jamais ocorreu contestar, à
luz da disciplina ordinária do mandato, que à pessoa jurídica pudessem
ser outorgados poderes de representação de terceiros no processo, que
contêm em si o de outorgar mandato *ad judícia* a profissional habilitado.

Ora, o que se pretende reclamar (e o que está contido nas centenas de auto-
rizações reunidas no apenso) – são verdadeiras procurações, instrumentos
de mandato, cuja validade e eficácia, por conseguinte, independeriam da
regra constitucional permissiva, que seria, pois, de rotunda ociosidade: por
isso, assinalou Barbosa Moreira, na *conferência referida* (RePro 61/190),
que, “*se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria na
verdade agindo em juízo seriam os filiados individualmente considerados,
embora por meio de representante, e o fenômeno nada teria de curioso, ou
de merecedor de maior atenção*”.

Essa ociosidade, no entanto, não é de presumir em preceito de nítida
inspiração inovadora, até pelos antecedentes históricos da sua gestação,

que parte da resistência jurisprudencial a todo ensaio de legitimação processual das formações sociais intermediárias, cuja necessidade já se sentia.

A cada dia mais me convenço de que o misoneísmo na hermenêutica constitucional – na qual, como notou Barbosa Moreira, RF 304/151, 152) – “o olhar intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente” – é um dos maiores obstáculos à efetividade da Constituição.

Por isso – sem questionar, por ora, a impossibilidade, que ambas as Turmas afirmaram, de emprestar à norma discutida a força de extrair a legitimação extraordinária das associações unicamente de seus próprios estatutos – mas, ao mesmo tempo, dar algum efeito útil à inovação constitucional do art. 5º, XXI, não creio se possa ficar aquém de reconhecer presente a autorização expressa nele reclamada pela deliberação do órgão titular da competência estatutária para manifestar a vontade do corpo social da entidade, sempre que – como sucede no caso – os estatutos incluam entre suas finalidades institucionais a defesa em juízo dos direitos de seus filiados.

Essa restrição, sim, parece relevante.

Com efeito.

Não tenho dúvidas em que só o mandato de cada interessado possa, por exemplo, qualificar uma associação de fins puramente culturais ou recreativos – um grêmio literário ou um clube – a propor em nome de sócios uma ação de repetição de indébito tributário.

Diferente, porém, é a espécie, onde uma associação de classe dos magistrados, à qual os estatutos explicitamente conferem a destinação de representação em juízo dos seus filiados, propõe, cumprindo deliberação específica de sua assembleia geral, uma ação cujo objeto é a correção monetária da remuneração da categoria, paga com atraso.

Em síntese: no caso presente, como em outras hipóteses que tais, estou em que a legitimação da entidade por força de deliberação da assembleia geral resulta, de um lado, de compreender-se o seu objeto nas finalidades estatutárias da associação, somado, em relação a cada um deles, ao ato voluntário de filiação do associado, que envolve a adesão aos respectivos estatutos (BRASIL, 1999, p. 49-51, grifos nossos, grifos do autor).

A partir do julgamento da Ação Originária 152 não mais se pôs em dúvida que a autorização a que alude o art. 5º, XXI, é satisfeita com a autorização específica obtida em assembleia geral da associação para a propositura de determinada ação, a qual guarde pertinência com a finalidade institucional da entidade. A vontade individual dos associados é previamente manifestada no ato voluntário de filiação à associação, que envolve a adesão aos respectivos estatutos.⁴

⁴ Ver Rcl 5.215, relator ministro Carlos Britto (BRASIL, 2009b); AgRg no RE 855.480, relatora ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2015b); AgInt no AREsp. 975.547, relator ministro Luis Felipe Salomão (BRASIL, 2019c), entre muitos outros.

Esse é o panorama, considerada a legitimidade haurida diretamente da Constituição. É certo, porém, que a substituição processual – legitimidade extraordinária para postular em nome próprio direito alheio – pode ser conferida por lei ordinária (CPC/1973, art. 6º, e CPC, art. 18).

A LACP, vocacionada à proteção de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*), confere legitimidade à associação que, constituída há pelo menos um ano, inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por seu turno, o art. 21 da Lei nº 12.016/2009 permite a impetração de mandado de segurança coletivo por

entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, *em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados*, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial (BRASIL, [2018a], grifo nosso).

Além disso, segundo o parágrafo único desse artigo, os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser os transindividuais de que seja titular a categoria e também os “individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante” (BRASIL, [2018a]). Não há, portanto, possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos de não associados por meio de mandado de segurança coletivo.

Segundo o parágrafo único do art. 81 do CDC, os direitos passíveis de defesa coletiva podem ser transindividuais (incisos I e II) ou individuais homogêneos (inciso III). A seu turno,

o art. 82, IV, prevê a defesa coletiva de direitos, inclusive os direitos individuais homogêneos, pelas “associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear” (BRASIL, [2017a]). Estabelece o art. 103, I, do CDC que, no caso de interesses e direitos difusos, a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas” (BRASIL, [2017a]), o que é coerente com a circunstância de que há indeterminação absoluta dos titulares. Na hipótese de interesses e direitos coletivos, a sentença fará coisa julgada “ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas” (BRASIL, [2017a]), o que é consentâneo com a índole dos direitos coletivos, cuja determinação dos titulares é relativa, circunscrita à relação jurídica-base. Em se tratando de direitos individuais homogêneos, dispõe o inciso III do art. 103 do CDC que a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores” (BRASIL, [2017a]).

Observa-se que, segundo a literalidade do inciso III do art. 103 do CDC, analisado isoladamente, a legitimidade extraordinária das associações para defender em juízo, mediante substituição processual, direito alheio no âmbito das relações de consumo parece mesmo ser ampla ou ilimitada. Ao contrário da regra do art. 5º, XXI, da CRFB, não se exige autorização dos possíveis substituídos nem sequer que a defesa se restrinja aos associados da entidade.

Com a vênua devida aos que defendem opinião contrária, não parece compatível com a disciplina constitucional (art. 5º, XXI) a conclusão de que as associações somente possam defender direitos individuais homogêneos de seus associados mediante autorização específi-

ca em assembleia, mas possam postular os mesmos direitos individuais homogêneos de todas as vítimas, associadas ou não, independentemente de qualquer autorização, quando se tratar de direito do consumidor. Tal conclusão, à luz de todas as regras legais já mencionadas, é assistemática e revela uma contradição insuperável.

Ainda mais incoerente é estabelecer que a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos de não associados dependa do mero rótulo dado à ação pelo autor, de modo que, se denominada “ação civil coletiva de rito ordinário”, estará defendendo apenas seus associados e, se empregado o nome “ação civil pública de consumo”, estaria a substituir até mesmo não associados, independentemente de qualquer autorização do titular do direito patrimonial divisível e disponível. Valendo-se dessa amplíssima legitimidade para substituir processualmente consumidores – independentemente de qualquer autorização, mesmo não associados, sem sequer identificar os possíveis lesados e postulando direitos individuais homogêneos –, associações dos mais diversos tipos – algumas dotadas de reconhecida representatividade em seu setor de atuação, outras desconhecidas, cujo diminuto grupo de associados por vezes coincide com o quadro societário de pequenos escritórios de advocacia – ajuízam ações em comarcas de todo o País, buscando os mesmos direitos contra os mesmos réus, em prol dos mesmos substituídos (todos os consumidores de determinado ramo de atividade econômica), uma vez que pretendem a obtenção de sentenças com força de coisa julgada *erga omnes*, com caráter de abstração semelhante ao do ato legislativo.

Sentenças condenatórias genéricas são proferidas contra réus que não sabem ao certo a extensão do litígio coletivo de que se estão defendendo. Certamente sensível a essa realidade, sete anos após a edição do CDC, o art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 estabeleceu que

[a] sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na *defesa dos interesses e direitos dos seus associados*, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator (BRASIL, [2009a], grifo nosso).

O art. 2º da mesma lei alterou o art. 16 da LACP (Lei nº 7.347/1985), que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (BRASIL, [2014a]).

Dessa forma, o legislador buscou corrigir as distorções construídas na jurisprudência com base na equivocada compreensão do microsistema processual coletivo, objeto das Leis nºs 7.347/1985, 8.078/1990 e 9.494/1997.

4 A eficácia subjetiva da sentença coletiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal

No julgamento da Medida Cautelar na ADI 1.576, o STF rejeitou a relevância da arguição de inconstitucionalidade do artigo da Medida Provisória nº 1.570/1997 que restringiu a eficácia *erga omnes* da sentença na ação civil pública aos limites da competência territorial do órgão prolator (BRASIL, 1997, p. 123).

Veja-se extrato do voto do relator, ministro Marco Aurélio:

Na inicial, aponta-se que a limitação geográfica da eficácia da sentença acaba por impossibilitar que questões sejam submetidas ao Judiciário via recurso e, portanto, a órgão superior dentro da estrutura do Poder (folha 12). O Judiciário tem organização própria, considerados os diversos órgãos que o integram. Daí haver a fixação da competência de juízos e tribunais. A alteração do artigo 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública. Entendo que o artigo 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada *erga omnes* da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia *erga omnes* sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos *erga omnes* na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário (BRASIL, 1997, p. 138).

A ADI 1.576 não recebeu julgamento de mérito, ajuizada que foi em face da Medida Provisória nº 1.570/1997, mas o art. 2ª-A da Lei nº 9.494/1997, resultante da conversão em lei dessa medida provisória, obteve a declaração de sua constitucionalidade pelo Plenário do STF no julgamento do RE 612.043. Contudo, a despeito da declaração incidental de sua constitucionalidade, a alteração promovida pela Lei nº 9.494/1997 continua a ser alvo de intensa crítica doutrinária, provocando séria controvérsia na jurisprudência quanto à sua interpretação.

Zavascki (2011) já havia observado que a interpretação literal do art. 16 poderia sugerir que a extensão subjetiva da sentença estaria sempre circunscrita à competência territorial do órgão prolator, o que não faria sentido em se tratando de direitos difusos e coletivos, indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados. Concluiu que se trata de regra aplicável apenas às ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos, os quais também podem ser tutelados por meio de ação civil pública, quando há cumulação com a defesa de direitos transindividuais decorrentes do mesmo evento.⁵

Embora não sejam desconhecidos os diversos precedentes do STJ em sentido contrário, é irrefutável a conclusão de que, após a entrada em vigor da Lei nº 9.494/1997, em se tratando de direitos individuais homogêneos – vale dizer, direitos patrimoniais individuais, de objeto divisível e disponível –, não existe autorização legal para a substituição processual de não associados por associações civis, não apenas por força da incoerência que essa aparente permissão conferida pelo CDC representava em relação ao sistema constitucional (CRFB, art. 5º, XXI), mas também em decorrência de expressa disposição legal no sentido de que “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, *na defesa dos interesses e direitos dos seus associados*,

⁵“A interpretação literal do art. 16 leva, portanto, a um resultado incompatível com o instituído da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu polo ativo, é única e incindível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser de relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos). O sentido da limitação territorial contida no art. 16, antes referido, há de ser identificado por interpretação sistemática e histórica. Ausente do texto original da Lei 7.347/85, sua gênese foi a nova redação dada ao dispositivo pelo art. 2º da Lei 9.494, de 10.09.1997. Essa lei, por sua vez, tratou de matéria análoga no seu art. 2º-A, que assim dispôs. ‘A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator’. Aqui o desiderato normativo se expressa mais claramente. O que ele objetiva é limitar a eficácia subjetiva da sentença (e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juízo). Ora, entendida nesse ambiente, como se referindo à sentença (e não coisa julgada), em ação para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (e não em ação civil pública para tutela de direitos transindividuais), a norma do art. 16 da Lei 7.347/85 produz algum sentido. É que, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência. Aqui, sim, é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares, que são perfeitamente individualizados. Compreendida a limitação territorial da eficácia da sentença nos termos expostos, é possível conceber idêntica limitação à eficácia da respectiva coisa julgada. Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial da coisa julgada a que se refere o art. 16 da Lei 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2º-A da Lei 9.494, de 1997, e não, propriamente, às sentenças que tratam de típicos direitos transindividuais” (ZAVASCKI, 2011, p. 66-67).

abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator” (BRASIL, [2009a], grifo nosso), em clara limitação à extensão subjetiva da sentença e, portanto, da coisa julgada.

A Lei nº 9.494/1997 é norma de igual hierarquia ao CDC, anteriormente editado. Ela dispõe sobre ações propostas por associações civis, tanto a ação civil pública (art. 2º) como também as ações civis coletivas (art. 2º-A), não havendo motivo para excluir de seu âmbito de incidência as ações coletivas de consumo ou outras de qualquer natureza em que se busque a defesa de direitos individuais homogêneos, pouco importando o nome dado pelo autor à ação.

O STF declarou incidentalmente a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 ao julgar o RE 612.043, submetido ao rito da repercussão geral, tendo sido o acórdão do ministro Marco Aurélio assim ementado:

EXECUÇÃO – AÇÃO COLETIVA – RITO ORDINÁRIO – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial (BRASIL, 2017b, p. 1).

Consta da ata do julgamento que o STF declarou a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 e aprovou a seguinte tese:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento (BRASIL, 2017b, p. 123-124).

Cuidava-se, na ocasião, de ação ajuizada pela Associação dos Servidores da Justiça Federal do Paraná em defesa de direitos individuais homogêneos dos servidores em face da União Federal. Embora não se tratasse de direito do consumidor, foram admitidos como *amici curiae* o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e a Federação Brasileira de Bancos (Febraban). Nos debates ocorridos durante o julgamento ficou claro que a tese aprovada dizia respeito a ação coletiva de rito ordinário, proposta por associação em defesa de interesses individuais homogêneos, e não a ação civil pública. Nesse sentido, os embargos de declaração opostos ao acórdão foram parcialmente acolhidos para deixar indene a qualquer dúvida que, conforme exposto pelo relator, ministro Marco Aurélio, “o que não julgamos foi a problemática da ação civil pública”.

sendo a tese proposta “alusiva à ação coletiva de rito ordinário” (BRASIL, 2018d, p. 2.024-2.025).

Uma vez que a legislação ordinária deve ser interpretada em consonância com a Constituição, persiste a necessidade de urgente definição jurisprudencial, à luz da CRFB e do ordenamento jurídico vigente – CPC, LACP, CDC, Lei nº 9.494/1997 –, do alcance da legitimação extraordinária conferida por lei às associações, para estabelecer em que hipóteses poderá haver substituição processual em defesa de não associados.

Da lição de Zavascki (2011) infere-se que, em se tratando de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, dado serem transindividuais, indivisíveis, indisponíveis, pertencendo a toda a coletividade e com titulares indeterminados, a substituição processual compreenderá necessariamente a defesa de todas as vítimas do ato ilícito, abusivo ou lesivo, associadas ou não à entidade autora. Quando a ação civil pública ou a ação civil coletiva – qualquer que seja o nome a ela dado pelo autor – buscar a defesa de tais direitos e interesses, não terá aplicação a limitação subjetiva da coisa julgada prevista na Lei nº 9.494/1997.

Por outro lado, quando se postular a tutela de direitos individuais homogêneos (divisíveis, disponíveis, pertencentes a titulares determinados), a extensão subjetiva da eficácia da sentença e respectiva coisa julgada, qualquer que seja o rótulo dado à ação pelo autor – ação civil pública ou ação civil coletiva –, terá a limitação estabelecida pela Lei nº 9.494/1997, segundo a qual “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator” (BRASIL, [2014a]). Nesse caso, a extensão subjetiva da sentença não alcança

indivíduos não associados à entidade autora da ação até o momento da sua propositura.

Embora a tese estabelecida pelo STF no RE 612.043 não diga respeito às ações civis públicas, os fundamentos do voto do ministro Gilmar Mendes no referido julgamento são em tudo pertinentes às ações coletivas propostas por associações que, mesmo identificadas como “ação civil pública”, estejam voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos:

Portanto, o momento processual adequado para a comprovação de filiação é o da *instauração do processo de conhecimento*.

Entendimento contrário implicaria revisão da segunda tese firmada no RE 573.272/SC, julgado em 14.5.2014. Para isso, seria necessária relevante alteração do contexto fático ou das concepções jurídicas dominantes, o que não ocorreu desde aquela data até o presente momento.

Admitindo-se, por hipótese, a revisão da tese firmada, devemos considerar as diversas consequências do novo entendimento.

De fato, a inclusão de beneficiários da sentença coletiva *a posteriori* implica grave insegurança jurídica para o réu, no caso, a Fazenda Pública, uma vez que não permite a este *avaliar ou prever os efetivos custos da demanda*. Inviabiliza, inclusive, a celebração de acordos que possam pôr fim à lide.

No caso da Fazenda Pública, a própria sistemática de precatórios, prevista no art. 100 da Constituição Federal, revela a preocupação do legislador constituinte com uma certa “previsibilidade” nas obrigações do Erário reconhecidas em sentenças judiciais, de modo a não comprometer a prestação dos serviços públicos.

No mesmo sentido, destaca-se a preocupação do Legislador Complementar, na Lei Complementar 101/2001 – Lei de Responsabilidade Fiscal, ao estabelecer como peça obrigatória da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) o Anexo de Riscos Fiscais, que busca identificar os passivos con-

tingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, dentre os quais se destacam as sentenças judiciais contra a Fazenda Pública.

E as consequências não acabam aí.

Se pessoas não apontadas na inicial puderem aproveitar-se do título executivo judicial, *incentivar-se-á a captação de associados/filiados por associações civis após a sentença condenatória coletiva*.

Esses novos associados, por sua vez, filiam-se à associação civil, sem qualquer risco e sem os custos relacionados à demanda, para se beneficiar da sentença proferida em processo de conhecimento do qual não participaram.

A propósito, recebi em memoriais ementas de um curso promovido por uma associação sob o título “Execuções individuais dos títulos de ações coletivas do Plano Verão”, destinado a associados ou a não associados (conforme se pode inferir do texto “Desconto de 20% para associados”).

A *tal associação* ainda vende CD-ROM com informações e peças para ingressar com a execução individual, o que viabilizaria a “carona” para aqueles que não estavam filiados no processo de conhecimento.

Nessa carona, pessoas não apontadas na inicial aproveitar-se-ão da interrupção da prescrição, que se opera nos termos do art. 240, § 1º, do NCPC.

Fim da tutela coletiva?

Não procede o argumento *ad terrorem* no sentido de que será o fim da tutela coletiva, que busca conferir racionalidade, uniformidade e celeridade aos processos judiciais.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, com a sistemática de repercussão geral e de julgamento de recursos repetitivos, fortaleceu-se o respeito aos precedentes judiciais, de modo a assegurar uniformidade e celeridade nos julgados.

Nesse sentido, destaco o art. 927 do NCPC:

“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. [...]”

Isso tudo sem resultar em violação aos direitos e faculdades processuais da parte contrária.

O voto do Min. Marco Aurélio no RE 573.272/SC, nessa linha, sustenta, inclusive, que abrir a possibilidade de inclusão de filiados, *a posteriori*, implicaria violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, eis que o réu não sabe contra quem está litigando.

Por fim, penso que restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada àqueles filiados listados na inicial é a interpretação que melhor se coaduna com o princípio da autonomia da vontade, nos termos do art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, mormente quando se trata da defesa de interesses individuais homogêneos em juízo (BRASIL, 2017b, p. 87-90, grifos do autor).

É, portanto, imperativo que se restabeleça a compreensão juridicamente adequada de que a eficácia subjetiva da sentença proferida em ação civil coletiva, voltada à defesa de direitos individuais homogêneos, apenas se estende ao âmbito de competência territorial do juiz prolator, beneficiando exclusivamente os associados da associação autora residentes naquela localidade ao tempo da propositura da ação.

5 A eficácia da sentença coletiva na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A questão relativa à eficácia subjetiva da coisa julgada formada em ação civil coletiva foi en-

frentada pela Corte Especial do STJ no REsp. 1.243.887, processado em regime de recurso especial repetitivo. Sob a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, teve acórdão lavrado com a seguinte ementa:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. *A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/ execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.*

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. *Recurso especial parcialmente conhecido e não provido* (BRASIL, 2011a, p. 1, grifos nossos).

Conforme se verifica da ementa transcrita, o STJ decidiu questão surgida na fase de execução de sentença, na hipótese em que o título executivo judicial transitado em julgado condenara o banco a pagar diferenças de correção monetária “a todos os titulares de contas-poupança do Estado do Paraná”. Em ação de cumprimento individual de sentença coletiva, alegou o banco, com base na Lei nº 9.494/1997, a ilegitimidade do autor, porque a sentença coletiva somente produziria efeitos na Comarca de Curitiba, sede do órgão prolator da sentença coletiva exequenda. Assim, por não manter relação com instituição bancária naquela cidade (a conta bancária estava vinculada a instituição com sede em Londrina) e por não ser associado da associação autora, não seria beneficiário da sentença coletiva. Argumentou-se ainda que competente para processar e julgar todas as ações individuais de cumprimento decorrentes daquela sentença coletiva seria o juiz que a prolatara, da Comarca de Curitiba.

Julgou a Corte Especial que, fixada na coisa julgada a extensão subjetiva do título judicial como abrangente a todos os titulares de contas-poupança do Estado do Paraná, associados ou não à associação autora, isso não poderia ser alterado na fase de cumprimento de sentença. Quanto ao outro ponto do recurso, decidiu-se que a competência universal para processar as ações individuais de cumprimento de sentença não seria do juízo que proferiu a sentença coletiva exequenda, podendo o consumidor ajuizar a ação em seu próprio domicílio.

A propósito da primeira questão, enfatizou o ministro Teori Zavascki em seu voto-vista que

houve certa confusão do acórdão recorrido (fls. 141/156) que, ao tratar da extensão da eficácia subjetiva da sentença (para efeito de definir se ela beneficiou todos os poupadores do Estado do Paraná ou exclusivamente os de Curitiba), invocou, além de fundamentos próprios desse tema da eficácia subjetiva, também fundamentos, mormente a respeito do foro competente para a ação de “liquidação e execução”, de que trata o art. 98, § 2º, I da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. Todavia, essas são questões distintas e inconfundíveis: a definição da eficácia subjetiva tem por consequência a afirmação ou não da existência de título executivo em favor do poupador exequente, acarretando, portanto, em caso negativo, a ilegitimidade ativa e a extinção do processo de execução; já a definição sobre competência de foro acarreta, na pior das hipóteses, apenas a remessa dos autos ao juiz competente. Trata-se, portanto, de questões distintas, tendo sido corretamente enfrentadas e julgadas de modo distinto pela sentença de primeiro grau (fls. 85-86) (BRASIL, 2011a, p. 31-32).

Embora tenham sido feitas considerações no voto condutor do acórdão lavrado na ocasião acerca da Lei nº 9.494/1997, invocada pelo banco então recorrente, não houve propriamente pronunciamento da Corte Especial quanto à interpretação da Lei, pois a questão da extensão subjetiva da sentença a todos os poupadores do Estado do Paraná já havia sido decidida na fase de conhecimento, com força de coisa julgada, não podendo mais ser alterada na etapa de cumprimento individual de sentença. Isso fica claro na conclusão do voto do ministro Teori Zavaski:

Em suma, é de se acolher, nas conclusões, o voto do relator. Todavia, quanto aos fundamentos, a serem adotados para os fins previstos no art. 543-C, meu voto é no seguinte sentido:

- a) Quanto ao primeiro ponto controvertido: havendo sentença, na ação civil coletiva proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO, afirmando que sua eficácia subjetiva abrange a todos os poupadores em cadernetas de poupança do Estado do Paraná, é absolutamente impertinente, em fase de liquidação e execução, qualquer novo questionamento a respeito, já que, tendo transitado em julgado, a referida sentença se tornou “*imutável e indiscutível*” (CPC, art. 467).
- b) Quanto ao segundo ponto: a competência para a ação individual de cumprimento (“liquidação e execução” – art. 98, § 2º, I da Lei 8.078/90) de sentença genérica proferida em ação coletiva é determinada pelas regras gerais do CPC, mais especificamente no seu Livro I, Título IV, como ocorre com a liquidação e execução da sentença penal condenatória, da sentença estrangeira, da sentença arbitral (CPC, art. 475-P, III) e dos títulos executivos extrajudiciais (BRASIL, 2011a, p. 35-36, grifo do autor).

O relator originário aderiu expressamente ao fundamento pertinente à impossibilidade de alteração dos limites subjetivos da sentença fixados na fase de conhecimento: “Após o trânsito em julgado, descabe

a alteração do seu alcance em sede de execução, sob pena de vulneração da coisa julgada?.

Por outro lado, na sentença proferida na ação civil pública ajuizada pela Apadeco, que condenara o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, não houve limitação subjetiva quanto aos associados, tampouco quanto aos domiciliados na Comarca de Curitiba/PR.

No caso dos autos, está-se a executar uma sentença que não limitou o seu alcance aos associados, mas irradiou seus efeitos a todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná.

Após o trânsito em julgado, descabe a alteração do seu alcance em sede de execução, sob pena de vulneração da coisa julgada.

[...]

Com efeito, acolhendo as ponderações da maioria da Corte Especial, incorporo como razões do voto as conclusões do eminente Ministro Teori Zavascki: “havendo sentença, na ação civil pública coletiva proposta pela Associação Paranaense de Defesa do Consumidor – APADECO, afirmando que sua eficácia subjetiva abrange a todos os poupadores em cadernetas de poupança do Estado do Paraná, é absolutamente impertinente, em fase de liquidação e execução, qualquer novo questionamento a respeito, já que, tendo transitado em julgado, a referida sentença se tornou imutável e indiscutível (CPC, art. 467)” (BRASIL, 2011a, p. 23-26, grifo nosso).

No julgamento do REsp. 1.243.887 houve decisão acerca dos limites subjetivos da sentença já transitada em julgado, com base no art. 467 do CPC/1973, e não interpretação do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, cuja aplicação ao caso foi afastada exatamente em decorrência da necessidade de observar a coisa julgada formada na fase de conhecimento. O mesmo ocorreu quando do julgamento, pela Segunda Seção do STJ, do REsp. 1.391.198, assim ementado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA ACÇÃO CIVIL COLETIVA N. 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989

(Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, *indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal*, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) *os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.*

2. Recurso especial não provido (BRASIL, 2014b, p. 1, grifos nossos).

Nesse caso, a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na Ação Civil Coletiva nº 1998.01.1.016798-9, havia condenado o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários aos poupadores de todo o País, em caráter *erga omnes*, independentemente de serem associados à entidade autora da ação. Também nesse caso o banco procurou reduzir o universo de beneficiários, alegando que a sentença teria seus efeitos limitados à circunscrição territorial do juiz prolator da sentença coletiva, nos moldes da Lei nº 9.497/1997. Sua pretensão foi rejeitada pela Segunda Seção, porque, tendo transitado em julgado tal sentença, não mais seria possível, na respectiva fase de cumprimento, reduzir o alcance subjetivo da coisa julgada.

No caso julgado pela Corte Especial (REsp. 1.243.887), a sentença coletiva exequenda decidira que seus efeitos beneficiariam todos os poupadores do Estado do Paraná, associados ou não à entidade autora. Por sua vez, no recurso julgado pela Segunda Seção, a sentença exequenda estabeleceria que seus efeitos, *erga omnes*, favoreceriam todos os poupadores do País, independentemente de serem associados à pessoa jurídica autora.

Em ambos os casos, na fase de cumprimento individual de sentença, os bancos réus alegaram ofensa à Lei nº 9.497/1997. Tanto a Corte Especial quanto a Segunda Seção decidiram acertadamente que não é possível alterar os limites subjetivos da sentença transitada em julgado na fase de execução. Nos dois precedentes, houve considerações nos votos condutores dos acórdãos acerca da Lei nº 9.497/1997, mas o que se decidiu não foi sua correta interpretação, e sim que na fase de execução não pode ser alterado o decidido – certo ou errado, legal ou ilegalmente – pela sentença transitada em julgado.

O acórdão da Corte Especial no REsp. 1.243.887 transitou em julgado sem recurso ao STF. Diversamente, no REsp. 1.391.198 houve agravo em recurso extraordinário (RE com Agravo 920.090) (BRASIL, 2016b), no qual o ministro Gilmar Mendes deu provimento ao agravo, reconhecendo que o assunto versado no recurso extraordinário corresponde ao tema 715, cujo

paradigma é o ARE-RG 796.473, e determinou a baixa dos autos à origem para observar o disposto no art. 543-B do CPC/1973.

Quanto ao tema 715, o Plenário Virtual do STF assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 18 E 125 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA (BRASIL, 2014d, p. 1).

Em sentido semelhante foi a recusa de repercussão geral pelo Plenário Virtual do STF no Recurso Extraordinário com Agravo 901.963, assim ementada pelo ministro Teori Zavascki:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA GENÉRICA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. LIMITES DA COISA JULGADA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A presente demanda consiste em execução individual de sentença proferida em ação civil pública. O recurso extraordinário suscita a ilegitimidade ativa dos exequentes, ao argumento de que não deram autorização individual e específica à associação autora da demanda coletiva para os representarem no processo de conhecimento, tampouco demonstraram sua condição de associados. Alega-se ofensa ao art. 5º, XXI e XXXVI, da Constituição, bem como ao precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal formado no julgamento do RE 573.232/SC.

2. *Ocorre que, conforme atestaram as instâncias ordinárias, no dispositivo da sentença condenatória genérica proferida no processo de conhecimento desta ação civil pública, constou expressamente sua aplicabilidade a todos os poupadores do Estado de Santa Catarina. Assim, o fundamento da legitimidade ativa para a execução, no caso, dispensa exame sobre a necessidade de autorização das associações para a representação de seus associados. Em verdade, o que está em jogo é questão sobre limites da coisa julgada, matéria de natureza infraconstitucional cuja repercussão geral, inclusive, já foi rejeitada por esta Corte em outra oportunidade (ARE 748.371-RG, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 1º/8/2013).*

3. Outrossim, ao tratar dos limites subjetivos de sentença condenatória genérica proferida nos autos de ação civil pública ajuizada por associação, o Tribunal de origem valeu-se de disposições da Lei 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor, cujo exame é inviável em recurso extraordinário.

4. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Carta Magna ocorra de forma indireta ou reflexa (RE 584.608-RG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 13/3/2009).

5. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC (BRASIL, 2015c, p. 1-2, grifo nosso).

Nos casos mencionados não ocorreu análise de mérito do recurso extraordinário por haver a instância de origem, o STJ, decidido ação de execução individual de sentença coletiva com base no exame da extensão subjetiva de sentença específica já transitada em julgado, tema de índole infraconstitucional, a afastar a intervenção da Suprema Corte. É, pois, imperioso remarcar que o STJ, tanto no REsp. 1.243.887 (Corte Especial) quanto no REsp. 1.391.198 (Segunda Seção), enfrentou, na fase de cumprimento da sentença coletiva transitada em julgado, apenas a questão da possibilidade de alteração dos limites subjetivos da sentença decididos no processo de conhecimento. Nesses dois julgamentos não houve pronunciamento com força decisória e vinculante – mas apenas longo e cientificamente valioso *obter dictum*, inclusive com citações doutrinárias – a propósito da correta interpretação do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997.

Contudo, em oportunidades posteriores, partindo de equivocada compreensão do que fora decidido no REsp. 1.243.887, a Corte Especial do STJ procedeu ao exame da interpretação do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, consagrando – agora sim de forma inédita – a tese de que a limitação da eficácia subjetiva das sentenças coletivas – literalmente prevista em lei e alvo de acendrada crítica doutrinária – não deveria ser observada:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP Nº 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) nº 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei nº 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante.

2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 2016a, p. 1).

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA DA DECISÃO EM AÇÃO COLETIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL EM JULGAMENTO DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP Nº 1.243.887/PR).

1. No julgamento do REsp 1.243.887/PR, sob o rito dos recursos representativos de controvérsia, a Corte Especial, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n. 7.347/1985, consignou ser indevido limitar a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas, de maneira apriorística, ao território da competência do órgão julgante.

2. Agravo interno não provido (BRASIL, 2018b, p. 1).

No julgamento do primeiro desses precedentes (EREsp 1.134.957), extrai-se do voto da relatora, ministra Laurita Vaz, que a Ação Coletiva nº 2001.61.00.024196-3 fora ajuizada com a finalidade “de ver revisados contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional – SFH, com fulcro nos arts. 81, parágrafo único, inc. III; 82, inc. IV; e 87 e seguintes, todos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90); c/c o art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal (fl. 2.675)” (BRASIL, 2016a, p. 8). Nesse caso, havia sido proferida decisão antecipatória de tutela por Juízo Federal, o qual “determinou (i) a suspensão da eficácia das cláusulas contratuais que autorizam as instituições financeiras a promover a execução extrajudicial prevista no DL nº 70/66 e (ii) a sustação das execuções já iniciadas, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) (fl. 2.416)” (BRASIL, 2016a, p. 8).

A despeito de haver dado provimento ao agravo de instrumento interposto para revogar a decisão monocrática, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região acolheu parcialmente embargos de declaração, estabelecendo a “não incidência do disposto nos artigos 16 da Lei nº 7.347/85 e 2º-A da Lei nº 9.494/90 (introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35), mencionados pelos embargantes, para não restringir apenas a um âmbito regional, o direito reconhecido, que abarca interesse mais amplo (fl. 2.676)” (BRASIL, 2016a, p. 8-9).

A Terceira Turma, em acórdão da ministra Nancy Andrighi, deu parcial provimento ao recurso especial com base no entendimento então dominante de que, “[em] sede de ação civil pública, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator, consoante o art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97” (BRASIL, 2016a, p. 5).

Ao julgar os embargos de divergência opostos pelo IDEC, a Corte Especial, embora se tratasse da fase de conhecimento – não se aplicando, portanto, o fundamento do respeito à coisa julgada, que fora decisivo para a solução encontrada pela Corte Especial no REsp. 1.243.887 –, acolheu os embargos de divergência, por maioria, para restabelecer o acórdão da origem “na parte em que afasta a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei nº 7.347/85” (BRASIL, 2016a, p. 23), com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997. Todavia, o precedente (REsp. 1.243.887) não era adequado, uma vez que não tratou da questão da extensão subjetiva da eficácia da

sentença, mas apenas da impossibilidade de retificação de coisa julgada e da competência territorial para processamento da ação de execução.

Em vez de meramente se reportar ao decidido no REsp. 1.243.887, caberia à Corte Especial aprofundar a questão da eficácia subjetiva da sentença coletiva ainda não transitada em julgado, decidindo se ofende ou não os arts. 2º e 2º-A da Lei nº 9.494/1997 o comando de extensão dos efeitos subjetivos da sentença a todos os consumidores, independentemente de serem filiados à entidade autora e do local do território nacional de ocorrência do fato lesivo ou de residência da vítima.

Para efeito de delimitação da eficácia subjetiva da sentença, seria pertinente estabelecer a distinção entre direitos coletivos transindividuais e direitos individuais homogêneos, ou ao menos expor os fundamentos da irrelevância de tal distinção. A esse respeito, Zavascki (2011) considera que a limitação contida no art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 é aplicável apenas às ações coletivas que versem direitos individuais homogêneos. No entanto, não se deteve a Corte Especial nessa relevante distinção: afastou a aplicação do art. 16 da Lei nº 7.347/1985 com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997 sem declarar sua inconstitucionalidade, mas privando, na prática, essa regra legal de todo sentido e eficácia.

6 A repercussão geral reconhecida e a restauração da integridade do sistema processual coletivo

Diante do tratamento dado pelo STJ à eficácia subjetiva das sentenças coletivas proferidas em relação a direitos individuais homogêneos, as atenções se voltam agora ao STF, em razão da repercussão geral reconhecida no RE 1.101.937, cujo relator é o ministro Alexandre de Moraes. O exame da tramitação desse recurso revela

que o ministro a ele havia dado provimento por ofensa à cláusula de reserva de Plenário (Súmula Vinculante 10) (BRASIL, 2020b, p. 13), mas, ao verificar que se tratava de acórdão da própria Corte Especial do STJ, reconsiderou a decisão e manteve o provimento do recurso extraordinário, ressaltando que, “no que pertine à limitação territorial a que alude o artigo 16 da Lei 7.347/1985, esta SUPREMA CORTE, no julgamento da ADI 1576-MC, confirmou a constitucionalidade do dispositivo” (BRASIL, 2018c, p. 4). Por fim, Alexandre de Moraes reconsiderou a decisão para propiciar o oportuno exame dos Recursos Extraordinários, tendo sido acolhida a repercussão geral da matéria (Tema 1.075). Portanto, embora examinada pela Corte Especial a partir do EREsp 1.134.957, a questão está pendente de apreciação pelo STF.

Pelo histórico de decisões examinadas neste estudo, a Corte Especial do STJ considera não ser aplicável a limitação territorial da extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada em ações coletivas, seja em ações em que se busca a tutela de direitos individuais homogêneos (mutuários do SFH, no caso do EREsp 1.134.957), seja em ações em que se persegue a proteção de direitos coletivos e difusos.

Nos precedentes posteriores ao REsp. 1.243.887, a Corte Especial decidiu, no que foi seguida por diversos acórdãos de órgãos fracionários do STJ, que a extensão da sentença coletiva não deve ser “limitada, aprioristicamente, ao território da competência do órgão judicante”, mas em nenhum deles se deteve, ao menos de forma explícita, na análise da alegação de que os limites subjetivos da sentença deveriam restringir-se aos associados da entidade autora até a data da propositura da ação. Trata-se de limitações distintas à extensão subjetiva da sentença, embora ambas prescritas nos mesmos dispositivos legais inseridos pelos arts. 2º e 2º-A da Lei nº 9.494/1997: (i) a defesa pela associa-

ção dos direitos e interesses de seus associados, o que implicitamente significa que a associação não tem legitimação extraordinária conferida por lei para substituir não associados em tutela de direitos individuais; (ii) localizar-se o domicílio dos substituídos no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

O acórdão repetitivo no REsp. 1.243.887 afastou a alegação de que substituídos seriam apenas os associados da entidade autora, porque a sentença coletiva beneficiaria “a todos os poupadores do Estado do Paraná” sem estabelecer essa limitação. Não houve a análise da questão com base na regra da Lei nº 9.494/1997 exatamente porque ela estava preclusa em face do decidido no processo de conhecimento. Por sua vez, os precedentes posteriores da Corte Especial afirmaram a impossibilidade de limitar os efeitos da sentença à circunscrição territorial de competência do seu prolator, mas não examinaram especificamente a alegação de que associações não têm legitimidade extraordinária para substituir não associados.

Tendo sido formalmente declarada pelo STF, no julgamento do RE 612.043, a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 – dispositivo que, além de prever a restrição territorial dos efeitos da sentença, também confere legitimação extraordinária à associação para defender seus associados –, parece irrefutável a conclusão de que a substituição processual das associações deve limitar-se à defesa dos direitos individuais pertinentes à finalidade social da entidade e dos associados que nela ingressaram até o momento do ajuizamento da ação.

Como esclarecido no voto do ministro Marco Aurélio no acórdão tomado no julgamento dos embargos de declaração, ao julgar o RE 612.043, o STF não examinou “a problemática das ações civis públicas”, mas, exatamente por não haver apreciado a questão, também não afirmou ser a elas inaplicável a regra do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997.

Tal como proclamou o ministro Sepúlveda Pertence em seu voto da Ação Originária 152, o ato voluntário de associação implica a concordância do aderente à finalidade institucional da entidade expressa em seus estatutos e a submissão ao decidido por maioria em assembleia. Essa adesão voluntária expressa a autorização que o art. 5º, XXI, da CRFB – e também, implicitamente, o art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 – toma como pressuposto para a defesa pela associação de direitos individuais homogêneos, disponíveis, seja sob a forma de representação (representação especial, para a qual não se exige mandato, conforme Ação Originária 152), seja sob a figura da substituição processual, hipótese em que a associação, em nome próprio, ajuíza ação em defesa de direito alheio, mas o universo das vítimas passível de substituição limita-se apenas aos associados da entidade autora.

Naturalmente, a limitação subjetiva da sentença não ocorrerá quando o autor da ação for entidade ou órgão público, como o Ministério

Público e a Defensoria Pública, cuja legitimidade é ampla e decorre diretamente da lei. Contudo, tratando-se de direitos individuais homogêneos, a legitimidade ativa do Ministério Público depende de estar demonstrada a existência de interesse social qualificado e limita-se à obtenção de sentença genérica, destinada a futuro processo de liquidação individual por lesado, como decidido no RE 631.111. Serão beneficiadas igualmente todas as vítimas do ilícito quando se tratar de tutela de direitos transindividuais, assim entendidos os difusos e coletivos, o que decorre da própria natureza de tais direitos – indivisíveis, irrenunciáveis e pertencentes a titulares indeterminados. Em todas essas hipóteses, cumprirá ao Judiciário a verificação, até mesmo de ofício, da adequada legitimação do autor da ação para a causa. São essas as conclusões de *lege lata* que devem contribuir para o debate em curso perante o STF.

No capítulo relativo à legitimidade das entidades associativas para o acesso ao sistema das ações coletivas, a questão relativa à extensão da eficácia subjetiva das sentenças coletivas, sobretudo em ações voltadas à defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, é relevante e atual, não apenas sob a ótica da defesa do conteúdo lógico-sistêmico da ordem jurídica, mas para resguardo da própria coerência entre as decisões das instâncias inferiores e a jurisprudência do STF.

7 Conclusão

Ainda que se possa, *de lege ferenda*, apresentar eventuais críticas à redação da Lei nº 9.494/1997, sobretudo quando não observa a distinção entre direitos transindividuais e direitos individuais, não se mostra razoável, definitivamente, conferir legitimação tão ampla para que associações defendam direitos individuais homogêneos – portanto, divisíveis e disponíveis – de não associados. Embora relevantes, tais entidades não podem ser tratadas como legitimadas universais.

As consequências da pretendida e equivocada legitimidade irrestrita das associações para substituir pessoas estranhas a seus quadros sociais são vistas na propositura descoordenada de inúmeras demandas por todo o País, envolvendo os mesmos direitos, nas quais as decisões podem, em tese, produzir efeitos *erga omnes*.

O controle da tramitação dessas ações e do teor das respectivas sentenças – muitas vezes contraditórias no mérito ou com conteúdo parcialmente coincidente com outras demandas coletivas ou individuais, em todo o País – não é feito com eficiência, dificultando a arguição de litispendência, continência e conexão, em prejuízo à defesa do réu.

Embora aparentemente inofensiva para o consumidor a convivência de um número ilimitado de demandas sobre a mesma questão, uma vez que a coisa julgada só opera em seu benefício, na prática surgem inconvenientes, como a suspensão de tramitação de ações individuais à espera do julgamento de ação coletiva, o que vem sendo endossado pelo STJ em prol da racionalidade do sistema.

Por outro lado, a notícia de existência de demanda coletiva sobre o mesmo objeto – independentemente de ter sido proposta por entidade de reconhecida expressão no setor ou pequeno escritório de advocacia sob a forma de associação – pode levar à extinção por litispendência ou coisa julgada de outra ação, mesmo que esta última tenha sido proposta por associação de maior representatividade, prejudicando o debate.⁶

Com efeito, a possibilidade de ajuizamento de um número ilimitado de demandas coletivas por diferentes associações em todo o território nacional – buscando os mesmos direitos individuais homogêneos e com efeitos *erga omnes* – gera a necessidade de produção de defesa em todas elas, sem que a decretação de improcedência do pedido em qualquer delas confira segurança jurídica à pessoa jurídica demandada.

Por fim, não se pode deixar de considerar a insegurança jurídica causada aos agentes econômicos, difícil de quantificar, mas que notoriamente onera o custo da atividade produtiva e, com certeza, é repassado aos consumidores. Ainda hoje tramitam numerosas ações coletivas buscando a tutela de direitos individuais homogêneos atingidos por planos econômicos das décadas de oitenta e noventa do século passado, as quais convivem com centenas de milhares de ações individuais versando os mesmos direitos. Esse custo naturalmente é repassado em cadeia a todo o mercado, prejudicando o consumidor.

Essa gravíssima realidade levou o Conselho Nacional de Justiça (2019) a instituir, pela Portaria nº 152/2019, grupo de trabalho composto por renomados processualistas, com o objetivo de realizar estudos e propor sugestões visando à melhoria das políticas judiciárias nacionais na gestão dos processos coletivos.

É nossa expectativa que a resolução do Tema 1.075 pelo STF dará, finalmente, o tão almejado norte, a segurança imprescindível ao aperfeiçoamento do sistema legal de defesa coletiva dos direitos.

⁶ A propósito, lembro acórdão da Quarta Turma do STJ: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDENTIDADE DE BENEFICIÁRIOS. LEGITIMADO EXTRAORDINÁRIO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, nas ações coletivas, para análise da configuração de litispendência, a identidade das partes deve ser aferida sob a ótica dos possíveis beneficiários do resultado das sentenças, tendo em vista tratar-se de substituição processual por legitimado extraordinário. 2. Recurso especial provido para extinguir o processo sem julgamento do mérito” (BRASIL, 2019d, p. 1).

Sobre os autores

Maria Isabel Gallotti Rodrigues é ministra do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: isabelgallotti@gmail.com

Douglas Alencar Rodrigues é ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: gmdar@tst.jus.br

Como citar este artigo

(ABNT)

RODRIGUES, Maria Isabel Gallotti; RODRIGUES, Douglas Alencar. A eficácia subjetiva das sentenças em ações coletivas à luz da doutrina de Teori Albino Zavascki: o estado da arte na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 11-42, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p11

(APA)

Rodrigues, M. I. G., & Rodrigues, D. A. (2020). A eficácia subjetiva das sentenças em ações coletivas à luz da doutrina de Teori Albino Zavascki: o estado da arte na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 11-42. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p11

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. *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, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. *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, [2009a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 975.547/PR*. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação coletiva ajuizada por associação civil. Legitimidade ativa *ad causam*. 1. Cuida-se de demanda coletiva na qual se busca a adaptação de agências bancárias, com a instalação de assentos com encosto, a fim de evitar que os consumidores formem filas e aguardem o atendimento em pé [...]. Agravante: Itaú Unibanco S.A. Agravado: Instituto Constituição Viva. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 24 de setembro de 2019c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1772559&num_registro=201602293275&data=20191014&formato=PDF. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.447.043/SP*. Agravo interno. Embargos de divergência. Processual civil. Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Eficácia da decisão em ação coletiva. Entendimento firmado pela Corte Especial em julgamento de recurso representativo de controvérsia (Resp. nº 1.243.887/PR) [...]. Agravante: Sul América Companhia de Seguro Saúde S/A. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1747860&num_registro=201400748487&data=20180913&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.134.957/SP*. Embargos de divergência. Processual civil. Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Ação coletiva. Limitação apriorística da eficácia da decisão à competência territorial do órgão judicante. Desconformidade com o entendimento firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo representativo de controvérsia (Resp. nº 1.243.887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão). Dissídio jurisprudencial demonstrado. Embargos de divergência acolhidos [...]. Embargante: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Embargada: Caixa Econômica Federal e outros. Relatora: Min. Laurita Vaz, 24 de outubro de 2016a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1363824&num_registro=201300519527&data=20161130&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Recurso Especial nº 1.243.887/PR*. Direito processual. Recurso representativo de controvérsia (art. 543-C, CPC). Direitos metaindividuais. Ação civil pública. Apadeco x Banestado. Expurgos inflacionários. Execução/liquidação individual. Foro competente. Alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Limitação territorial. Impropriedade. Revisão jurisprudencial. Limitação aos associados. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada [...]. Recorrente: Banco Banestado S/A. Recorrido: Deonísio Rovina. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de outubro de 2011a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1091364&num_registro=201100534155&data=20111121&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *Recurso Especial nº 1.391.198/RS*. Ação civil pública. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Sentença proferida pelo juízo da 12ª Vara Cível da circunscrição especial judiciária de Brasília/DF na Ação Civil Coletiva n. 1998.01.1.016798-9 (Idec x Banco do Brasil). Expurgos inflacionários ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão). Execução/liquidação individual. Foro competente e alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Observância à coisa julgada [...]. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Laíde José Rossato – Espólio. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 13 de agosto de 2014b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1330707&num_registro=201301991290&data=20140902&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 1.726.147/SP*. Recurso especial. Processual civil. Ação civil pública. Identidade de beneficiários. Legitimado extraordinário. Substituição processual. Litispendência entre ações coletivas. Ocorrência. Recurso provido. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, nas ações coletivas,

para análise da configuração de litispendência, a identidade das partes deve ser aferida sob a ótica dos possíveis beneficiários do resultado das sentenças [...]. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Instituto de Defesa da Cidadania. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 14 de maio de 2019d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1824497&num_registro=201101405983&data=20190521&formato=PDF. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.576/ União Federal*. Tutela antecipada – servidores – vencimentos e vantagens – suspensão da medida – prestação jurisdicional. Ao primeiro exame, inexistente relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97 [...]. Requerente: Partido Liberal – PL. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de abril de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Originária 152/RS*. Constitucional. Administrativo. Processual civil. Supremo Tribunal Federal: competência originária: C.F., art. 102, I, n. Ação ordinária coletiva: legitimação: entidade de classe: autorização expressa: C.F., art. 5º, XXI. Servidor público: remuneração: correção monetária [...]. Autor: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – Ajuris. Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso, 15 de setembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=381473>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Reclamação 5.215/ SP*. Constitucional. Reclamação. Agravo regimental. Decisão que negou seguimento ao pedido. Preliminar de ilegitimidade ativa. A entidade de classe, quando postula em juízo direitos de seus filiados, age como representante processual. Necessidade de autorização de assembleia geral. Mérito. Alegação de afronta às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ADIs 1.721 e 1.770. Inexistência. Desprovisionamento do agravo regimental [...]. Agravante: Associação dos Docentes das Faculdades de Tecnologia do Ceeteps – Adfat. Agravado: Estado de São Paulo e outros. Relator: Min. Carlos Britto, 15 de abril de 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593684>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 855.480/DF*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Associação de classe. Legitimidade ativa. Representação. Necessidade de autorização expressa obtida em assembleia ou individualmente do associado. Acórdão recorrido harmônico com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Agravante: Anfip – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 7 de abril de 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8311974>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.101.937/SP*. Agravante: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Agravado: Caixa Econômica Federal e outros; Itaú Unibanco S/A. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de novembro de 2018c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339175500&text=.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 612.043/PR*. Embargos declaratórios – esclarecimento. Uma vez surgindo necessidade de prestar-se esclarecimento, cumpre prover os embargos declaratórios, sem conferir-lhes efeito modificativo [...]. Embargante: Associação dos Servidores da Justiça Federal no Paraná – Asserjuspar. Embargada: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 6 de junho de 2018d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747860006>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 22.132/RJ*. Constitucional. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa: desnecessidade. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. C.F., art. 5º, LXX, b. Mandado de segurança contra lei em tese: não cabimento. Súmula 266-STF. I. – A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a

segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual [...]. Impetrante: Federação Brasileira dos Sindicatos e Associações de Empresas de Asseio e Conservação – Febrac. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Velloso, 21 de agosto de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85682>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 23.769/BA*. Mandado de segurança coletivo. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. Composição dos Tribunais Regionais do Trabalho em decorrência da extinção da representação classista na justiça laboral. Emenda Constitucional nº 24/99. Vagas destinadas a advogados e membros do Ministério Público do Trabalho. Critério de proporcionalidade [...]. Impetrante: Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. Impetrado: Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região; Presidente da República. Relatora: Min. Ellen Gracie, 3 de abril de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86019>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 141.733/SP*. Mandado de segurança coletivo. Impetração por associação de classe. Legitimação ativa. Art. 5º, incs. XXI e LXX, b, da Constituição Federal. A associação regularmente constituída e em funcionamento, pode postular em favor de seus membros ou associados, não carecendo de autorização especial em assembleia geral, bastando a constante do estatuto [...]. Recorrente: Associação dos Servidores Públicos Municipais de Santo André. Recorrido: Prefeito Municipal de Santo André e outros. Relator: Min. Ilmar Galvão, 7 de março de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208961>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 364.051/SP*. Mandado de segurança coletivo – extinção de cartórios – forma – legitimidade da Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg. Consoante dispõe o artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, as associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano têm legitimidade, como substituto processual, para defender, na via do mandado de segurança coletivo, os interesses dos associados, não cabendo exigir autorização específica para agir. Recorrente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg/BR. Recorrido: Presidente do Conselho da Magistratura do Estado de São Paulo; Corregedor-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261588>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 612.043/PR*. Execução – ação coletiva – rito ordinário – associação – beneficiários. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial. Recorrente: Associação dos Servidores da Justiça Federal no Paraná – Asserjuspar. Recorrida: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 de maio de 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13743622>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 631.111/GO*. Constitucional e processual civil. Ação civil coletiva. Direitos transindividuais (difusos e coletivos) e direitos individuais homogêneos. Distinções. Legitimação do Ministério Público. Arts. 127 e 129, III, da CF. Lesão a direitos individuais de dimensão ampliada. Comprometimento de interesses sociais qualificados. Seguro DPVAT. Afirmção da legitimidade ativa [...]. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: Marítima Seguros S/A. Relator: Min. Teori Zavascki, 7 de agosto de 2014c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7100794>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo 920.090/RS*. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Espólio de Laide José Rossato e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de março de 2016b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308929052&ext=.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 21.514/DF*. Mandado de segurança coletivo – legitimação – substituição processual. O inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal encerra o instituto da substituição processual,

distanciando-se da hipótese do inciso XXI, no que surge no âmbito da representação. As entidades e pessoas jurídicas nele mencionadas atuam, em nome próprio, na defesa de interesses que se irradiam, encontrando-se no patrimônio de pessoas diversas [...]. Recorrente: Confederação Nacional da Agricultura e outros. Recorrida: União Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115597>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 612.043/PR*. Ação coletiva – substituição processual – artigo 5º, inciso XXI, da Carta de 1988 – alcance temporal – data da filiação. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação – se em data anterior ou até a formalização do processo. Recorrente: Associação dos Servidores da Justiça Federal no Paraná – Asserjuspar. Recorrida: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 17 de novembro de 2011b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983681>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 631.111/GO*. Constitucional. Processual civil. Ministério Público. Legitimidade. Ação civil pública. Defesa de interesses de beneficiários do chamado “Seguro DPVAT”. Presença da repercussão geral da questão constitucional discutida. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa dos interesses de beneficiários do chamado “Seguro DPVAT”. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrida: Marítima Seguros S/A. Relator: Min. Ayres Britto, 8 de setembro de 2011c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955344>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.101.937/SP*. Recurso extraordinário. Art. 16 da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei 9.494/1997. Constitucionalidade. Repercussão geral reconhecida. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da constitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei 9.494/1997 [...]. Recorrente: Caixa Econômica Federal e outros. Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de fevereiro de 2020a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752073345>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 796.473/RS*. Processual civil. Ação civil pública. Limites territoriais da coisa julgada. Alegação de violação aos artigos 18 e 125 da Constituição Federal. Interpretação de normas infraconstitucionais. Impossibilidade. Repercussão geral rejeitada. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Mario Fernando Fonseca. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de abril de 2014d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6990641>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 901.963/SC*. Processual civil. Recurso extraordinário com agravo. Execução de sentença condenatória genérica proferida em ação civil pública ajuizada por associação. Legitimidade ativa. Limites da coisa julgada. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral [...]. Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF. Recorrida: Maria de Lourdes Silva da Luz. Relator: Min. Teori Zavascki, 10 de setembro de 2015c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9390369>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas vinculantes*. [Brasília, DF]: STF, 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58CompletoCapeacontedo.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portaria nº 152, de 30 de setembro de 2019*. Institui Grupo de Trabalho com o objetivo de apresentar propostas voltadas para o aprimoramento da atuação do Poder Judiciário nas ações de tutela de direitos coletivos e difusos. [Brasília, DF]: CNJ, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3039>. Acesso em: 22 jun. 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A eficácia dos pareceres da consultoria jurídica no órgão de advocacia de Estado e na Administração Pública

EDUARDO FORTUNATO BIM

Resumo: As manifestações jurídicas da advocacia de Estado, que produzem efeito no próprio órgão (eficácia interna) e na Administração Pública assessorada (eficácia externa), não devem ser confundidas com os atos de gestão pública, sob pena de subversão da função de assessoria jurídica, razão pela qual o parecer jurídico previsto na Lei nº 8.666/1993 não compartilha uma decisão a ser tomada, nem é vinculante para o gestor público. A vinculação do parecer jurídico somente ocorre quando aprovado pelo superior hierárquico ou pela autoridade prevista em lei, que deve estabelecer o âmbito de sua eficácia, ainda que fora do âmbito hierárquico de quem o aprovou.

Palavras-chave: Parecer jurídico. Consultoria jurídica. Advocacia de Estado. Vinculação. Ato de gestão pública.

The binding effect of counsel's opinions of government law office on itself and the public administration

Abstract: Counsel's opinions from the legal advising public offices affects itself and, if predetermined conditions are met, the advised government entities. These legal opinions should not be confused with policymaking, otherwise it would be a subversion of the function of legal advice, reason why a counsel's opinions according to the Public Procurement Procedure and Contracts Act of 1993, article 38, is not itself decision-making and because of that is without binding on the public manager. The binding of the legal opinion only occurs when approved by the hierarchical superior, in relation to his subordinates, or when approved by the authority provided by law, which must establish the extent of its effect, even if outside the hierarchical structure scope of the official who approved it.

Recebido em 10/6/20

Aprovado em 31/7/20

Keywords: Legal opinion. Legal advising. Government law office. Binding force. Policymaking.

1 Introdução

A consultoria jurídica do Estado tem-se desenvolvido desde a Antiguidade. No Império Romano, por exemplo, os *consilarii* assessoravam os *prefectos de pretório*; na Idade Média, havia o Conselho Real, substituído depois pelo Conselho de Estado (CASSAGNE, 2013, p. 143), o qual no Brasil imperial geralmente aconselhava o Poder Moderador ou o Executivo (LOPES, 2010).

A consultoria jurídica efetuada pela advocacia de Estado¹ é pouco estudada fora do contexto da responsabilidade do parecerista, sobretudo quanto ao alcance e efeito de suas manifestações, do ponto de vista tanto do próprio órgão de advocacia de Estado quanto dos órgãos e entidades assessoradas. Para analisar essa função de advocacia de Estado, que se personifica num órgão jurídico – Procuradoria ou Advocacia-Geral da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município –, toma-se como referência o modelo federal, o da Advocacia-Geral da União (AGU).

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]), a AGU é o órgão de consultoria e assessoramento jurídico da União e de suas autarquias e fundações (art. 131), composta por membros de quatro distintas carreiras: advogados da União, procuradores da Fazenda Nacional, procuradores federais e procuradores do Banco Central. Os membros da AGU expedem *opinativos jurídicos* (pareceres, notas etc.) visando à orientação do gestor público em suas funções. O objeto do presente trabalho é a análise da atividade conhecida como *consultoria jurídica* (também chamada *assessoramento jurídico*), que não se confunde com a atuação contenciosa.

Não se adota a diferenciação entre consultoria jurídica (maior formalismo) e assessoramento jurídico (menor formalismo) – tal como o faz a AGU² –, pois a gradação em termos de formalização não está prevista em lei; entende-se que ambos os termos descrevem a mesma realidade.

¹ Adota-se neste trabalho a classificação de Moreira Neto (2009), que divide a advocacia pública em três ramos, sendo a advocacia de Estado denominada advocacia pública desde a Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998. Em suas palavras: “Institui-se, porém, na *Advocacia Pública* – aqui tomada ainda em seu pleno e lato sentido *de cura e de representação de interesses de terceiros* – uma divisão em três ramos: o *Ministério Público*, a *Advocacia de Estado* e a *Defensoria Pública*” (MOREIRA NETO, 2009, p. 25, grifos do autor). Destaque-se que Pereira (1977, p. 74) chamava a advocacia de Estado de “advocacia do Estado”.

A atividade de orientação jurídica prestada em reunião, por interlocução telefônica, por mensagem eletrônica ou por outros meios de exteriorização menos formais é atividade de consultoria, não recebendo outro nome dada sua maior informalidade.

O órgão de consultoria jurídica opina sobre a legalidade (juridicidade), exigida por lei ou requerida pelo gestor público; dificilmente opina sobre conveniência, oportunidade, opção política, aspectos fáticos ou questões técnicas afeitas a áreas não jurídicas, a não ser que constitua reflexo claro e direto de uma questão jurídica.³ Não menos importante é a compreensão de que a advocacia de Estado não é um órgão de fiscalização, “sendo que a fiscalização em si é atribuída aos órgãos específicos de controle, internos ou externos” (SANTOS, 2016, p. 110), de modo que não é responsável por averiguar a veracidade das informações contidas nos autos dos processos administrativos em que o órgão de assessoramento é instado a manifestar-se.

A função de consultoria jurídica apresenta diversas nuances e merece análise, especialmente pelo fato de os órgãos de assessoramento jurídico terem diversas subdivisões e se espelharem no modelo federal, em que a lei orgânica da AGU prevê a aprovação ministerial ou presidencial como elemento essencial para a eficácia vinculante de seus pareceres relativamente às entidades assessoradas.

Embora conste da Lei Complementar (LC) nº 73/1993 (arts. 40 a 44) (BRASIL, 1993a) que somente os pareceres têm eficácia vinculante, deve-se entender o termo em sua acepção ampla, de opinião jurídica sobre dado assunto e que, pois, abrange outros atos opinativos da AGU. Entre os atos previstos na Portaria AGU nº 1.399/2009 (BRASIL, 2009a), tanto o *parecer* quanto a *nota* e a *informação* – esta com menor uso, devido à sua função de prestação de subsídios solicitados pela representação judicial – podem ter eficácia vinculante, se aprovadas pelo gestor público.

² Segundo o *Manual de Boas Práticas Consultivas* (BRASIL, 2016a, p. 92), na Boa Prática Consultiva (BPC) nº 45: “Nos termos da legislação específica, a atividade de consultoria jurídica compreende pronunciamentos típicos exteriorizados em expedientes e mediante figuras de manifestação formais, ao passo que a atividade de assessoramento jurídico abrange outras atividades decorrentes do exercício das atribuições próprias da função de Advogado Público Federal, a exemplo de orientações jurídicas prestadas em reuniões, por interlocuções telefônicas, por mensagens eletrônicas ou por outros meios de exteriorização de menor formalismo, conforme também disciplinadas em lei ou norma específica da AGU”. Tal entendimento se encontra normatizado na Portaria da Procuradoria-Geral Federal (PGF) nº 526, de 26 de agosto de 2013 (art. 2º, II) (BRASIL, 2013a).

³ De acordo com o *Manual de Boas Práticas Consultivas* (BRASIL, 2016a, p. 32), na BPC nº 7: “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”.

Exceto se efetuado pelo chefe de um órgão da AGU ou que dele tenha recebido delegação, um opinativo da AGU só se constitui como tal quando aprovado pelo superior hierárquico do parecerista (Portaria AGU nº 1.399/2009, art. 7^o).⁴ Isso não significa que seja sempre necessária a aprovação do advogado-geral da União, do consultor-geral da União, do procurador-geral federal, do procurador-geral da União ou do procurador-geral da Fazenda Nacional. Há diversos órgãos na AGU com autonomia para a prolação de opinativos jurídicos, o que geralmente implica a sua confecção por um parecerista e a posterior revisão por um ou mais superiores hierárquicos, aprovando-os ou rejeitando-os, total ou parcialmente, mediante despacho. Os despachos de aprovação integral ou parcial, ou ainda de rejeição (Portaria AGU nº 1.399/2009, art. 8^o) não deixam de ser um opinativo jurídico, embora tenham por fim apreciar parecer, nota ou informação. Todos eles, bem como o opinativo jurídico inaugural (parecer, nota ou informação), são manifestações jurídicas da AGU e devem ser considerados para a aferição do posicionamento jurídico. É importante compreender esse processo para não incorrer no erro de citar opinativos ou trechos desses, não aprovados pelas instâncias superiores, como manifestação jurídica do órgão de assessoramento e consultoria.

Com base nessas considerações, o presente texto analisa os efeitos dos pareceres jurídicos expedidos pela AGU quanto aos seus próprios órgãos (eficácia interna) e às entidades ou órgãos públicos assessorados (eficácia externa), embora tais considerações sejam aplicáveis *mutatis mutandis* aos órgãos de assessoramento jurídico dos demais entes federativos.

⁴“Art. 7^o O parecer, a nota e a informação serão submetidos ao superior hierárquico do subscritor para apreciação, que se formalizará mediante despacho e, somente após aprovados assumirão o caráter de manifestação jurídica da AGU” (BRASIL, 2009a).

2 A diferença entre assessoramento jurídico e ato da Administração Pública assessorada

Antes de abordar a eficácia interna e externa dos opinativos jurídicos, é necessário analisar a distinção entre manifestação do órgão de assessoramento jurídico e atos praticados pelos órgãos ou entidades públicas assessoradas. Essa confusão ocorre em parte porque não existe uma leitura apropriada da CRFB e de sua interpretação conforme, no caso das leis infraconstitucionais,⁵ transformando equivocadamente o assessoramento jurídico, mero ato intermediário e de instrução, em ato de gestão pública.

Embora haja divergência sobre a classificação das manifestações jurídicas como atos opinativos (enunciativos ou de conhecimento, juízo ou valor) ou apenas como atos administrativos, considerar que as manifestações jurídicas da advocacia pública sejam atos administrativos não significa confundi-los com os atos administrativos decisórios, os quais são proferidos no processo pelo gestor, autoridade com atribuição legal de decidir (TEIXEIRA, 2006, p. 631-636). Os pareceres são atos jurídicos que “introduzem ‘apports’ e juízos críticos que o órgão com poderes decisórios deverá ter em conta no momento em que efetua a ponderação dos interesses implicados na decisão que vai tomar” (GONÇALVES, 1996, p. 3).

Nesse sentido, é útil a diferenciação doutrinária entre (i) atos administrativos e (ii) atos enunciativos ou de conhecimento, juízo ou va-

⁵ Ao discorrer sobre a interpretação conforme a Constituição, Silva (2006, p. 191-192, grifo do autor) alerta: “suscitei que era um fato curioso que essa forma de interpretação fosse incluída entre os chamados princípios de interpretação constitucional, já que, quando se fala em interpretação conforme a constituição, não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis *infraconstitucionais*”.

lor. Essa diferenciação é acatada pela doutrina (AMORIM, 2008, p. 246-249) e pela jurisprudência do STF,⁶ no caso de quando se nega, por exemplo, o cabimento de mandado de segurança contra parecer jurídico⁷, ou quando tal ato tenha algum efeito no prazo prescricional, não se caracterizando como medida impugnativa prevista no § 2º do art. 54 da Lei nº 9.784/1999 (BRASIL, [2009b]).⁸ A distinção entre opinativo jurídico e ato administrativo é tão importante que o pedido anulatório se dirige apenas ao ato administrativo do gestor público, ainda que ele se tenha limitado a acatar as razões de parecer jurídico.⁹ Em outros termos, mesmo que sejam atos administrativos e não atos da Administração, os opinativos jurídicos não têm por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir ou declarar direitos.

⁶“Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377” (BRASIL, 2002).

⁷“Parecer, por não ter força vinculante dado seu caráter meramente opinativo, não é ato administrativo. Contra a sua motivação ou suas conclusões, inadmissível a ação de segurança” (BRASIL, 1981). “Não cabe mandado de segurança contra parecer da Procuradoria Geral do Estado, exarado em processo administrativo, por não ter força vinculante e por tratar-se de ato de seu ofício, nos procedimentos administrativos que dizem respeito ao controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo” (BRASIL, 1993b, p. 1). No mesmo sentido, ver Di Pietro e Motta (2015, p. 295); e Nascimento (2007) (item 6.2).

⁸Ver, exemplificadamente, Brasil (2013b, 2013c, 2013d). “4. Não se qualificam Notas e Pareceres emanados por membros da Advocacia-Geral da União como ‘medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato’, nos termos do § 2º do art. 54 da Lei nº 9.784/99, em razão da generalidade de suas considerações, bem como do caráter meramente opinativo que possuem no caso em tela” (BRASIL, 2016d, p. 1-2).

⁹“16. Segurança concedida para anular o Despacho do Sr. Ministro de Estado da Integração Nacional que homologou o Parecer CONJUR 1.255/2007 e o Parecer da Comissão Especial de Licitação que deu provimento ao recurso administrativo [...], reconhecendo-se o direito líquido e certo das demandantes, em consórcio, de participarem da próxima fase do certame” (BRASIL, 2007a, p. 4).

O opinativo jurídico pode ser classificado (i) quanto à sua necessidade – em *facultativo* (presença não obrigatória no processo decisório) ou *obrigatório* (quando a lei o exige como requisito para a prática do ato); e (ii) quanto aos efeitos de suas conclusões – em *não vinculante* (conclusões não têm que ser seguidas pelo órgão assessorado) ou *vinculante* (conclusões têm que ser seguidas pelo órgão assessorado, deixando de ser juízo opinativo para ser juízo decisório no processo administrativo do órgão ou entidade pública assessorada).¹⁰

Não existe correlação entre o parecer jurídico ser vinculante e ser obrigatório, como parte da doutrina defende, geralmente repetindo o que leciona Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (AMORIM, 2008, p. 250-264; MELLO, 2013, p. 446; XAVIER, 2014, p. 55; DI PIETRO, 2014, p. 242; BINENBOJM, 2015, p. 161). São situações completamente díspares. Um parecer pode ser vinculante e facultativo, vinculante e obrigatório, obrigatório e não vinculante ou, ainda, obrigatório e vinculante. A divisão efetuada pelo Código do Procedimento Administrativo de Portugal (Decreto-lei nº 4/2015), no que diz respeito às espécies de pareceres, é didática e serve para ilustrar nosso direito positivo. Seu art. 91 dispõe:

1 – Os pareceres são obrigatórios ou facultativos, consoante sejam ou não exigidos por lei, e são vinculativos ou não vinculativos, conforme as respetivas conclusões tenham ou não de ser seguidas pelo órgão competente para a decisão.

2 – Salvo disposição expressa em contrário, os pareceres legalmente previstos consideram-se obrigatórios e não vinculativos (PORTUGAL, 2015).

Abstraindo a limitação constitucional da atividade de consultoria e assessoramento jurídico

¹⁰No mesmo sentido, ver Nohara (2014, p. 276-277).

da Administração Pública e o desvirtuamento da própria atividade em si, o parecer jurídico é vinculante para o gestor do órgão ou entidade assessorada quando há lei expressa a lhe atribuir tal efeito. Caso contrário, não há como imputar ao órgão de assessoramento jurídico a (co)autoria do ato, visto que ele apenas opinou a respeito. Deve-se destacar que o mero fato de ser obrigatória a intervenção do órgão de consultoria jurídica (parecer obrigatório) no processo decisório não transforma esse órgão em gestor público (parecer vinculante).

O parecer vinculante, quando não subtrai o próprio poder decisório do gestor, acaba por partilhá-lo com o órgão de consultoria jurídica, visto que o órgão assessorado pratica o ato conforme estabelecido na manifestação jurídica – ou, na visão do Supremo Tribunal Federal (STF) (MS 24.584) (BRASIL, 2007b), não pratica ato algum. Mesmo adotando essa visão, o opinativo jurídico vinculante transforma o órgão de consultoria jurídica em órgão decisor, sem deixar espaço para a não prática do ato, no caso dos que não podem deixar de ser praticados pelo gestor público.

O parecer vinculante deixa de ser um simples parecer para tornar-se ato decisório, de gestão. Parecer vinculante é decisão, não opinião; sendo decisão, subverte-se a sua natureza e atribui ao órgão de consultoria jurídica a função de gestão pública,¹¹ subtraindo o múnus do administrador público. Nas palavras de Gonçalves (1996, p. 6), os pareceres vinculantes, embora sejam pareceres, “não são emitidos no exercício de uma função de administração consultiva”. Dessa forma, parecer vinculante é uma contradição em termos, a menos que se destine aos mesmos tipos de atos – como se verá. Fora de tais parâmetros, existe incongruência lógica ofensiva à natureza das coisas e ao princípio da razoabilidade. As considerações de Teixeira (2006, p. 641) tornam mais clara essa incongruência:

É relevante assinalar, ainda, que imputar vinculação decisória a um parecer sobre matéria jurídica, implica solapar-lhe a *ratio essendi*. Explica-se. A produção de pareceres, além de instrumento de legitimação das decisões, porquanto concretiza a participação de mais agentes públicos no processo decisório, cumpre, com rigor, a lógica da procedimentalização administrativa, em que vários atos preparatórios convergem e coadjuvam a prática do ato final mais consonante com o interesse público. O parecer vinculante turba o procedimento, porque se converte no ato final, de fato, antes do ato final, de direito. Em suma, o ato derradeiro apenas formalizaria ou declararia o que o parecer já decidiu. Seria a deformação da marcha procedimental, em que duas fases passariam a engendrar, na realidade, resultados idênticos e definitivos. O parecer vinculante ao invés

¹¹ Justen Filho (2012, p. 601) capta bem essa realidade de transformar a advocacia pública em gestora pública ao afirmar que, “se a autoridade competente nada mais pode fazer senão seguir a orientação contemplada no parecer jurídico, então não existe decisão por parte da referida autoridade”.

de servir como juízo de auxílio do juízo decisório natural, tornar-se-ia o próprio juízo deliberante, convertendo o juízo decisório natural em mero executor de comportamento vinculado, em grave desvirtuamento do método lógico do exercício da competência.

Nenhuma lei pode desnaturar o juízo de juridicidade da assessoria jurídica do Estado para transformá-lo em ato de gestão administrativa, porque atribuiria ao advogado público, cuja função é delineada na CRFB, “funções administrativas extroversas” incompatíveis com a sua natureza (investidura) e autonomia (MOREIRA NETO, 2008, p. 107). “Simplesmente não faz sentido uma situação em que a lei obrigue o administrador a ‘decidir’ conforme o parecer (as aspas se justificam porque, em termos lógicos, inexistiria qualquer decisão) ou nada decidir” (MENDONÇA, 2010, p. 148).¹²

Tal subversão da função opinativa somente pode ser admitida se trata-se em questões de mesma natureza, isto é, atos opinativos vinculam atos opinativos e atos decisórios vinculam atos decisórios. Nesses casos, dado o princípio hierárquico, da eficiência e da economicidade, nem mesmo é necessário lei expressa para reconhecer o caráter vinculante do opinativo. Os atos opinativos são atos instrutórios, jamais devendo ser confundidos com a decisão da autoridade. Por haver quem classifique como atos de jurisdição os praticados no exercício de competência decisória, dos quais seriam espécies os atos executivos (ARAÚJO, 2012, p. 482), é pertinente a analogia com a decisão judicial para melhor compreender os limites da vinculação. Tornar o parecer jurídico vinculante ao administrador público seria o mesmo que tornar o laudo pericial vinculante ao juiz.

A vinculação do ato decisório a atos opinativos instrutórios, tais como “pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”, nega vigência à Lei nº 9.784/1999, pois, se assim fosse, vedaria o que o art. 50, VII, permite expressamente: o afastamento motivado dos atos opinativos ou instrutórios pelo ato administrativo. Ademais, é apenas didática a disposição do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2019c]) ao esclarecer que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, devendo indicar na sentença os motivos que o levaram a considerar ou deixar de considerar as conclusões do laudo (art. 479, antigo art. 436 no CPC/1973), somente sendo caso de aplicação do CPC (art. 15) na ausência de norma local tratando da questão da relação entre os atos instrutórios e a decisão do gestor.

¹² Carvalho Filho (2014, p. 139-140) é ainda mais contundente, ao frisar a posição antagônica entre o ato opinativo e o decisório (“o agente que opina nunca poderá ser o que decide”), reconhecendo o grave atentado à natureza das coisas na previsão do parecer vinculante, cuja existência aceita mediante expressa previsão legal, ao asseverar que incorre num “desvio de qualificação jurídica” em virtude de sua metamorfose de ato opinativo em decisório, cuidando-se de “esdrúxula inversão de *status* jurídico”.

No entanto, convém indagar: esse entendimento sobre vinculação do opinativo jurídico ao ato do gestor se sustenta perante a CRFB, sobretudo no modelo adotado para os órgãos de assessoramento jurídico da União (art. 131) e dos Estados-membros (art. 132)? A CRFB expressamente destaca que à advocacia pública cabe a representação da “União, judicial e extrajudicialmente” e, nos termos da lei complementar, “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (art. 131, *caput*), bem como “representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas” (art. 132, *caput*) (BRASIL, [2019a]).

A advocacia pública tem a função constitucional de representar o ente federativo, judicial ou extrajudicialmente. Para os objetivos deste artigo, assessoramento e consultoria jurídica significam a mesma coisa, tanto que para os Estados-membros foi prevista apenas a atividade de consultoria jurídica. A CRFB não prevê que o órgão de assessoramento ou consultoria jurídica pratique atos de gestão, exceto os inerentes à sua própria gestão (*implied powers*¹³). A CRFB (art. 131, *caput*) admite que a AGU exerça “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico”, limitando-as aos “termos da lei complementar” (BRASIL, [2019a]); não preceitua que a AGU se transforme no próprio Poder Executivo mediante a atividade de assessoramento público, de modo que não se vislumbra a existência de parecer jurídico vinculante.

¹³ Segundo Fisher (c1997, p. 14, tradução nossa), é equivocado o pensamento de que a Constituição seja uma enumeração explícita de poderes, porque “uma vez que nos aventuramos e observamos o trabalho real do governo, nos deparamos com uma complexa gama de poderes que não são expressamente declarados. Eles se manifestam sob variados nomes: implícitos ou inerentes, incidentes ou deduzidos, agregados, poderes criados pelo costume e pelo consentimento [...]. Qualquer que seja o nome, o resultado é o mesmo: a outorga de poder que não é expressamente declarado na Constituição nem especificamente concedido pelo Congresso”.

Moreira Neto (2008, p. 115, grifos do autor) faz pertinentes considerações sobre a subversão do papel da advocacia pública ao transformar suas manifestações jurídicas em atos de gestão decorrente da leitura equivocada da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, [2017b]), também conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA):

1ª Equívoco – Leis não podem alterar a natureza de competências constitucionais.

Com efeito, como a lei ordinária não se pode sobrepor à Constituição, tampouco se pode inferir que o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, haja criado uma exceção à autonomia constitucional dos advogados, como operadores aos quais se incumbe meramente a dicção do direito, para desse modo confundir-lo com a própria Administração, enquanto parte consulente.

2ª Equívoco – A Lei de licitações, no art. 38, parágrafo único, não comete ao Advogado de Estado qualquer competência administrativa.

[...] no desempenho desta função de dizer o direito aplicável, o Advogado de Estado não pratica ato de administração. E assim o é, porque nem tem investidura para prática de atos de administração extroversos, nem, tampouco, dispõe da formação e da informação burocráticas necessárias para praticá-los.

Essa argumentação aplica-se aos órgãos de assessoramento dos Estados-membros. Embora a CRFB não cite a possibilidade de a atividade de consultoria jurídica estadual ser regulada por lei, essa possibilidade estará sempre aberta, mas não a ponto de desvirtuar o assessoramento jurídico em ato de gestão ao transformá-lo em algo vinculante. Apesar de os órgãos de assessoramento jurídico dos municípios não terem recebido tratamento constitucional expresso, isso não significa que eles podem praticar atos de gestão por meio de manifestações jurídicas.

A previsão de pareceres vinculantes na Lei nº 9.784/1999 (art. 42) permite apenas o compartilhamento decisório em termos de gestão pública, ou seja, a lei atribui a outro gestor público, enquanto tal, a coautoria de uma decisão, mas não transforma o advogado público em administrador público. Como visto, existe um limite constitucional para a atividade de consultoria jurídica, o qual não pode ser transposto pelo legislador infraconstitucional, sob pena de retirar da advocacia pública o caráter de assessoramento jurídico, desvirtuando a sua razão de ser, ao usurpar a função decisória do gestor público.

Ao citar a doutrina francesa para sustentar a existência de parecer jurídico vinculante (MS 24.584 e 24.631), ainda que admita a possibilidade de o gestor não praticar o ato, o STF não se preocupou em analisar a compatibilidade dessa doutrina com a CRFB.

3 Parecer jurídico obrigatório (não vinculante) na Lei nº 8.666/1993: crítica ao MS 24.584

Compreender essas nuances sobre pareceres jurídicos e a função da advocacia de Estado é fundamental para a correta leitura da classificação dos tipos de opinativos jurídicos adotados pelo STF no MS 24.631¹⁴ e no MS 24.584. Entretanto, alguns apontamentos adicionais são necessários para que se entenda a extensão do entendimento do STF e de seu equívoco relativo à classificação dos pareceres jurídicos e à responsabilidade do parecerista.

Em primeiro lugar, o fato de o gestor submeter determinado ato à apreciação jurídica, ainda que essa seja prejudicial (parecer obrigatório),

¹⁴“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido” (BRASIL, 2007c, p. 276).

não significa que a autoridade não possa alterar o ato a ser praticado, em seus aspectos quantitativos ou qualitativos. Deve-se entender *cum grano salis* a afirmação do STF de que, quando a “consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer” (BRASIL, 2007c, p. 276). O ato poderá sofrer pequenas modificações quantitativas e/ou qualitativas, desde que conexo à resposta da consulta jurídica obrigatória. Parecer jurídico obrigatório não elimina a discricionariedade do gestor, petrificando a decisão que pode ser tomada: serve para orientar o gestor sobre como praticar o ato, alterável por recomendação do próprio parecer.

Em segundo lugar, o fato de a lei prever a necessidade da manifestação jurídica favorável (parecer obrigatório) não significa compartilhar o poder decisório. Para que ocorra esse compartilhamento, a lei deve ser expressa nesse sentido. O fato de ela eventualmente empregar os termos *aprovo* ou *nada obsta* relativamente ao opinativo jurídico que analisará a minuta do ato a ser praticado, por exemplo, não transforma a manifestação jurídica em vinculante ao gestor público, que pode discordar motivadamente do parecer.

Como já visto, a função de assessoramento jurídico tem assento constitucional e não pode ser transformada – por lei ordinária, decisão judicial, de cortes de contas ou lição doutrinária (especialmente alienígena) – em ato de gestão. Há uma barreira constitucional para que a gestão não se confunda com a consultoria ou assessoramento jurídico. Assim, é equivocada a leitura levada a cabo pelo STF no caso dos pareceres jurídicos prolatados em processos de licitação, contratações diretas, contratos, acordos, convênios ou ajustes.

De acordo com a LLCA, serão juntados ao processo administrativo os pareceres jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade (art. 38, VI), existindo previsão expressa no sentido de que as minutas de diversos instrumentos negociais devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração Pública. De acordo com o art. 38, parágrafo único, da LLCA, “[a]s minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração” (BRASIL, [2017b]).

Como a LLCA usa o termo “aprovadas”, o STF entendeu que o parecer se torna vinculante, mesmo em se tratando de parecer da AGU, cuja lei orgânica somente prevê “examinar, prévia e conclusivamente”, os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, e os atos pelos quais

se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação (LC nº 73/1993, art. 11, VI) (BRASIL, 1993a). No MS 24.584, o ministro Joaquim Barbosa sustentou em seu voto que

[a] exigência legal de aprovação das minutas pela assessoria jurídica da Administração caracteriza, sem dúvida, a vinculação do ato administrativo ao parecer jurídico favorável. Note-se que a lei não se contenta em estabelecer a obrigatoriedade da mera existência de um parecer jurídico de conteúdo opinativo ou informativo. Não. Ela condiciona a prática dos atos ao exame e à aprovação do órgão jurídico (BRASIL, 2007b, p. 383).

O voto do ministro Marco Aurélio suavizou o entendimento defendido pelo ministro Joaquim Barbosa, pois admite que, mesmo sem o *aprovo* do órgão de assessoria jurídica, poderia haver a celebração do instrumento pelo gestor:

Reconheço que a Lei de Licitações é categórica. Não relega a atividade dos procuradores ao campo simplesmente opinativo. A lei versa a aprovação, mas não chego a dizer que, havendo pronunciamento negativo, não possa o administrador prosseguir e praticar o ato. Nessa hipótese, *evidentemente, a responsabilidade do procurador estará afastada* (BRASIL, 2007b, p. 388, grifo nosso).¹⁵

Em outras palavras, para o ministro Marco Aurélio a manifestação jurídica do órgão de assessoramento somente é vinculante no caso de aprovação, não de rejeição do instrumento analisado, total ou parcial, caso no qual serviria como espécie de recomendação, pois poderia ser afastada fundamentadamente pelo gestor. Retirando o preciosismo, para o ministro não há vinculação do gestor ao parecer jurídico, mesmo que ele defenda a sua vinculabilidade.

Mais explícito nesse paradoxo foi o ministro Ayres Britto ao admitir força vinculante do opinativo da assessoria jurídica ao mesmo tempo em que acolheu o afastamento da manifestação jurídica: “a função aqui do parecerista é mais do que opinativa. Chego a entender que ela tem o caráter até da vinculabilidade, embora esta vinculabilidade seja passível de rejeição por decisão motivada do administrador, mas em princípio é vinculativa” (BRASIL, 2007b, p. 414). Para o ministro Ayres Britto, o parecer jurídico na licitação é e, ao mesmo tempo, não é vinculante, ofendendo o princípio lógico da não contradição. Entretanto, seu argumento foi além, ao afirmar que o parágrafo único do art. 38 da LLCA valorizou a assessoria jurídica quando tornou obrigatória a manifestação jurídica, o que tem como contrapartida a responsabilidade do parecerista pelo ato

¹⁵O que reitera em palavras parecidas às fls. 413 do acórdão.

a ser praticado e a vinculação do administrador, embora tal vinculação possa ser motivadamente afastada pelo administrador.¹⁶

Os ministros Marco Aurélio e Ayres Britto não estão sozinhos ao defenderem que o parecer jurídico da LLCA seja vinculante, embora possa ser desconsiderado pelo gestor. Infelizmente, esse paradoxo também é defendido por parte da doutrina (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2012, p. 128-141; MOTTA, 2013, p. 895). O direito não é apenas lógica, mas fundamentalmente experiência, como doutrinou Holmes Junior (1991, p. 1) visando evitar leituras formais descompromissadas de seus resultados práticos, não para defender contradições nos próprios termos, admitindo que algo seja e não seja ao mesmo tempo, como ocorre quando se entende que o parecer é vinculante ao gestor e ao mesmo tempo se admite que o gestor possa não acatar os seus termos.

Em outras palavras, o STF transformou o parecer obrigatório – necessário a certos atos previstos no art. 38 da LLCA – em parecer vinculante, o que gera responsabilidade para o subscritor, embora somente seja vinculante se o administrador o quiser. Caso contrário, poderá discordar do ato de forma motivada, o que significa que o ato não é vinculante. É essencial operar com a lógica interna da decisão do STF para demonstrar por que alguns dos pressupostos da conclusão externada no MS 24.584 foram equivocados.

Quando o ministro Ayres Britto identifica o objetivo da lei como elemento argumentativo para a manutenção de sua posição no MS 24.584, reforça o caráter paradoxal de seu raciocínio, uma vez que insiste na obrigatoriedade da manifestação jurídica para reforçar a legalidade do ato como motivo para a responsabilização,¹⁷ o que se afigura despropositado, porque um parecer facultativo também pode gerar a responsabilização do parecerista. Na verdade, o raciocínio do ministro se concentra na obrigatoriedade da manifestação jurídica, não na sua vinculação ao que será decidido no processo licitatório, motivo por que suas conclusões sobre a força vinculante e responsabilidade do parecerista não refletem suas premissas.

¹⁶ “Por isso, entendi que, se de uma banda esse dispositivo da Lei nº [8.666] valorizou a carreira jurídica, uma vez que fez passar pelo crivo das assessorias jurídicas, os contratos, os acordos, os editais, os convênios, os ajustes, enfim, de outra parte há de haver uma contrapartida para esse prestígio conferido às assessorias. Qual a contrapartida? Assunção de responsabilidade pela produção de uma peça jurídica, que me parece não ser mesmo tão-somente opinativa, ela tem uma dimensão vinculativa, embora essa vinculabilidade não signifique que o administrador, a autoridade administrativa não possa rejeitar o parecer. Pode, motivadamente, e assumindo, aí, sim, o administrador toda a responsabilidade” (BRASIL, 2007b, p. 452).

¹⁷ “Ao submeter ao corpo técnico e jurídico da repartição pública essas minutas, qual foi o objetivo da lei? Foi primar por um rígido controle prévio de legalidade, de licitude. O objetivo da lei foi válido, chamar os assessores jurídicos a participarem da confecção de atos administrativos bilaterais ou multilaterais. Logo, fica frustrado o objetivo da lei, se os parecerista já não respondem por nada” (BRASIL, 2007b, p. 459-460).

Dessa forma, o STF não considerou superado o entendimento cristalizado no MS 24.073,¹⁸ que reconhece a distinção entre o parecer que analisa a hipótese de dispensa ou inexistência de licitação e a decisão administrativa do gestor pela dispensa e inexistência de licitação. Surpreendentemente, foi aceita a leitura da legislação no sentido de que é vinculante o opinativo jurídico que trata de licitações ou contratos e outros ajustes, mas não o que trata da sua dispensa ou inexistência, como alertou o ministro Gilmar Mendes ao refutar o caráter vinculante do opinativo jurídico.¹⁹

Ainda que a manifestação da assessoria jurídica não se confunda com o ato a ser praticado pelo gestor, isso não significa que o dolo ou erro grosseiro não possam levar à responsabilização do parecerista jurídico, pelo menos antes do novo CPC, que menciona dolo ou fraude. Como destaca Justen Filho (2012, p. 598),

[a] natureza vinculante ou não do parecer relativamente à autoridade administrativa é irrelevante para determinar a extensão da responsabilidade do seu emitente. Dita eficácia pode apresentar relevo relativamente à autoridade administrativa, não quanto ao

¹⁸ “I – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘Curso de Direito Administrativo’, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377” (BRASIL, 2002, p. 379).

¹⁹ “Ministro Marco Aurélio e Ministro Joaquim Barbosa, não estou conseguindo vislumbrar uma diferença substancial entre a hipótese primeira, julgada no mandado de segurança do qual foi Relator o eminente Ministro Carlos Velloso – caso da Petrobrás – e este outro. [...] Em relação à força vinculante da decisão, também aqui não me parece ter razão o Ministro Joaquim Barbosa – isto certamente não consta do voto do Ministro Marco Aurélio – quanto a força vinculante da decisão, aqui não existe uma integração no ato, a lei simplesmente diz que haverá manifestação da consultoria jurídica” (BRASIL, 2007b, p. 388-389).

emitente do parecer. [...] A responsabilidade do emitente do parecer – tenha ou não dito parecer cunho vinculante, seja ou não obrigatório – depende do conteúdo e das circunstâncias.

A natureza do parecer e a responsabilidade pela sua emissão são questões diferentes.

Considerar um parecerista responsável pelo seu parecer não pressupõe também considerá-lo agente decisor (mesmo poder do gestor) ou mesmo um interveniente necessário. Assim, o fundamento do posicionamento do STF no MS 24.584 é equivocados. Parecer facultativo ou obrigatório, vinculante ou não vinculante, pode gerar responsabilidade para membros da advocacia pública federal que atuem com fraude ou dolo, pois atualmente o erro grosseiro, por expressa ausência de previsão legal (CPC, art. 184, e Lei nº 13.327/2016, art. 38, § 2º), não mais enseja a responsabilização do parecerista. A eventual eficácia vinculante da manifestação jurídica ou a sua presença obrigatória nada tem a ver com a extensão da responsabilidade do parecerista jurídico.²⁰

A própria legislação (Lei nº 13.327/2016, art. 38, § 2º) (BRASIL, 2016c) prevê a responsabilidade dos membros da AGU no exercício de suas funções apenas nas hipóteses de dolo ou fraude, exceto a responsabilidade disciplinar, seguindo a inovação do CPC relativa à advocacia pública contenciosa, cuja exigência de dolo e

²⁰ Mendonça (2010, p. 148) comunga de igual entendimento, embora seja expresso somente quanto ao parecer obrigatório, ao lecionar que “a obrigatoriedade da consulta não tem importância na responsabilização do parecerista”, concluindo: “o problema não nos parece que reside na obrigatoriedade do parecer, mas sim se esse parecer, não importa se obrigatório ou facultativo, efetiva e concretamente induziu a autoridade a erro – se há, portanto, nexo causal –, e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável”. Moretti (2015, p. 205) também compartilha da mesma compreensão ao doutrinar: “A responsabilização administrativa do advogado público não depende da espécie de parecer elaborado, mas da conduta que adota no cumprimento de seus deveres. Somente pode ser responsabilizado o autor de parecer que agiu de maneira censurável no exercício de suas funções”.

fraude foi mais rigorosa do que para o advogado privado, que responde pelo dolo ou culpa (Lei nº 8.906/1994, art. 32) (BRASIL, [2019b]). Obviamente, este regime de direito material somente é aplicável a partir da entrada em vigor da legislação de suporte.

Não procede o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) (por exemplo, nos Acórdãos 2.947/2016, 738/2017 e 615/2020) (BRASIL, 2016e, 2017c, 2020d) no sentido de que o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327/2016 só se aplica à esfera disciplinar, apenas trazendo novos contornos ao que previa a MP nº 2.229/2001 (art. 75), para, a partir disso, afirmar que o STF permitiu que o TCU aplicasse multa a advogados públicos em plena vigência dessa medida provisória, afastando o novo regime legal, que não mais admite a responsabilização apenas diante do erro grosseiro (culpa grave). Deve-se destacar que a MP nº 2.229/2001 (art. 75) trata apenas do *locus* (“exclusivamente perante a Advocacia-Geral da União”) e das normas a serem aplicadas (“sob as normas, inclusive disciplinares, da Lei Orgânica da Instituição e dos atos legislativos que, no particular, a complementem”) (BRASIL, [2010a]) para a responsabilização disciplinar, não sobre as demais espécies, como preceitua a Lei nº 13.327/2016 (art. 38, § 2º). Conforme esse dispositivo, os ocupantes dos cargos que compõem a AGU, no “exercício de suas funções, [...] não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude” (BRASIL, 2016c); exceto para fins disciplinares, não há responsabilização que abranja a imputada pelo TCU, salvo por dolo ou fraude. O STF manifestou-se sobre regime legal diferente, sendo equivocado ancorar-se nos seus precedentes de 2007 para isso.

Embora o STF tenha admitido o erro grave ou grosseiro (MS 24.073, MS 29.137, MS 35.196 AgR) (BRASIL, 2002, 2012, 2019d) como causa de responsabilização dos advogados públicos, esse entendimento não se aplica à atuação contenciosa: o CPC é peremptório ao atribuir responsabilidade ao membro da advocacia pública apenas quando este age com “dolo ou fraude no exercício de suas funções” (art. 184) (BRASIL, [2019c]), o que se apoia na cláusula de inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133). Fora da esfera contenciosa, aplica-se a legislação específica, como a dos advogados públicos federais, que exige dolo ou fraude para a responsabilização pessoal (Lei nº 13.327/2016, art. 38, § 2º); ou, na sua falta, a geral, com a integração do art. 15 do CPC, levando a aplicação do art. 184 à esfera processual administrativa. De qualquer forma, ainda que não se vislumbre a possibilidade de integração com o CPC, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 28) (BRASIL, [2018]) prevê o dolo ou erro grosseiro por decisões ou opiniões técnicas como causa de responsabilidade dos agentes públicos.

Há leis que preveem a responsabilização do gestor e do advogado público apenas por dolo ou fraude – caso da lei das transações da dívida ativa, que ainda impõe uma finalidade específica, a de “obter vantagem indevida para si ou para outrem” (Lei nº 13.988/2020, arts. 10 e 29) (BRASIL, 2020c). Também a Lei da Mediação prevê responsabilização dos servidores e empregados públicos, o que engloba advogados públicos eventualmente presentes no processo, “quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem” (Lei nº 13.140/2015, art. 40) (BRASIL, [2016b]).

Como cláusula constitucional voltada a todos os advogados, a inviolabilidade abrange os advogados públicos (SANTOS, 2016, p. 102; MORETTI, 2015, p. 183; XAVIER, 2014, p. 51; MACEDO, 2012, p. 299; MACEDO, 2009, p. 474; MOREIRA NETO, 2008, p. 102), embora isso não signifique imunidade absoluta quanto às suas manifestações jurídicas, motivo por que são válidas as previsões legais de responsabilidade por dolo e fraude e, na ausência de lei, pelo erro grosseiro. O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil reconhece que os membros da advocacia pública também exercem a advocacia (Lei nº 8.906/1994, art. 3º, § 1º), não havendo razão para excluir os advogados públicos da tutela da cláusula constitucional. O próprio STF (ADI 2.652) (BRASIL, 2003) não apenas aceitou a diferença entre o ato do representado e o da advocacia prevista no art. 14, V, e parágrafo único, do CPC de 1973 (BRASIL, [2015a]), como estendeu tal distinção aos advogados públicos, mesmo sem expressa menção no dispositivo legal, ao reconhecer que eles são, antes de tudo, advogados. Esse entendimento foi ampliado pelo CPC vigente, que incluiu nessa isenção advogados públicos, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, bem como ampliou as situações nas quais a norma se aplica (art. 77, § 6º) (BRASIL, [2019c]). O “erro grosseiro” não constou como elemento ensejador de responsabilidade por ser conceito de difícil apreensão, o que poderia gerar responsabilidade ilimitada em perspectiva retroativa (*hindsight vision* ou *second guess opinion*), mas era admitido pelo STF antes do atual CPC (arts. 184 c/c 15) e da Lei nº 13.327/2016 (art. 38, § 2º).

A visão pós-fato ou retroativa (*hindsight*) é tão conhecida que a jurisprudência descreve as vantagens de julgar algo com essa perspectiva. Comentando a autocontenção estabelecida em *Vermont Yankee Nuclear Power v. NRDC* (1978), Scalia (1978, p. 358) destaca que a discricionariedade da Administração Pública deve ser respeitada pelo fato de a decisão judicial sobre qual o “melhor” procedimento ser feita com o benefício da visão retroativa (*hindsight*). “Nada é tão fácil como ser sábio após o evento”, lembra Rachlinski (1998, p. 571-572, tradução nossa) ao

citar *Cornman v. The Eastern Counties Railway Co.* (1859), e completa: “pessoas acreditam que os outros seriam capazes de antecipar eventos muito melhor do que era realmente o caso”.

Ademais, não se deve fazer uma leitura literal do parágrafo único do art. 38 da LLCA, transformando um *aprovo* sobre a minuta do instrumento pela consultoria jurídica em coautoria de decisão, em parecer vinculante, pois essa leitura perverte a natureza consultiva da advocacia pública, cuja função é opinar, e não decidir sobre ela; se assim fosse, estaria subtraindo função inerente ao gestor público, sendo, dessa maneira, inconstitucional.²¹

O parecer jurídico previsto no art. 38 da LLCA é obrigatório (MORETTI, 2015, p. 188) e não vinculante (TORRES, 2014, p. 405). Esse dispositivo normativo prescreve a obrigatoriedade de exame prévio de legalidade e aprovação de minutas pela assessoria jurídica da Administração; não almeja transformar o advogado público em gestor do ato eventualmente a ser praticado, apenas prevê a obrigatoriedade da manifestação jurídica. A possibilidade de o opinativo jurídico ser usado como fundamento (razão de decidir) no processo decisório não pode ser motivo para considerá-lo decisório, algo que vai além da função de consultoria.

Nem mesmo o STF parece endossar a tese de que haveria vinculação, pois admite que o gestor possa discordar do parecer “vinculante” da assessoria jurídica da Administração Pública, como demonstram os votos dos ministros Marco Aurélio e Ayres Britto. Entre os ministros que se pronunciaram sobre a matéria, o único que não admitiu a discordância do parecer jurídico foi o ministro Joaquim Barbosa; ainda assim, entendeu que há a opção de não decidir. Ou seja, defendeu que há vinculação, mas isso se aplica apenas ao caso em que o gestor queira praticar o ato, pois, uma vez elaborado o parecer “vinculante”, ele poderia desvincular-se ao não decidir, fosse o parecer pela aprovação ou rejeição da validade do instrumento. Essa exegese afigura-se mais inconsistente ao se considerarem hipóteses que envolvem situações emergenciais ou cumprimento de ordens judiciais ou legais evidentes. Como não praticar o ato?

Não procede o entendimento de que o opinativo jurídico do parágrafo único do art. 38 da LLCA é parcialmente vinculante porque o gestor público deveria motivar o ato para não acatá-lo. O gestor público deve motivar o seu ato de qualquer maneira, mas obviamente que, se acatar tal manifestação jurídica, a motivação jurídica é *per relationem* (Lei nº 9.784/1999, art. 50, § 1º); quando não acata o parecer, não há como a motivação ser dessa

²¹ “[O] reconhecimento da manifestação jurídica no processo de licitação como parecer vinculante, levaria a uma expansão das atribuições do Advogado Público, de constitucionalidade duvidosa, já que colocaria em suas mãos poder de decidir acerca das medidas a serem tomadas na licitação em andamento, poder este próprio do gestor público” (COELHO, 2013, p. 77).

espécie, devendo ser não relacional ao opinativo jurídico. Justen Filho (2012, p. 595) explicita claramente a questão da ausência de vinculação do parecer previsto na LLCA,²² alertando para o risco de se transformar o parecerista em gestor público nos seguintes termos:

A autoridade competente é vinculada ao parecer da assessoria jurídica? A resposta é negativa. Nada impede que a autoridade superior repute que o ato convocatório apresente defeitos jurídicos, ainda que o parecer da assessoria jurídica seja favorável à aprovação. E a recíproca também é verdadeira. [...] Mas não há impedimento jurídico a que a autoridade discorde do parecer da assessoria jurídica e opte por decisão diversa da orientação contemplada no parecer jurídico.

No entanto, existem decisões do TCU que parecem inclinar-se em sentido oposto. Deve-se ter cautela na avaliação dos precedentes, sob pena de transformar o signatário do parecer jurídico em titular de competência que foi reservada a outra autoridade.

Como apresentado no item 5, na advocacia pública federal a lei não atribuiu aos pareceres da AGU eficácia vinculante (externa) aos gestores públicos, respeitando o espaço opinativo da advocacia consultiva, pois o ato de aprovação desse parecer por certas autoridades impõe o entendimento a seus subordinados e entidades vinculadas, e não propriamente a manifestação da AGU (LC nº 73/1993, arts. 40 e 42). Talvez a teoria adotada pelo STF se adeque à realidade francesa, uma vez que o ministro Joaquim Barbosa seguiu sistematização efetuada por René Chapus, mas não tem guarida no parágrafo único do art. 38 da LLCA nem no modelo constitucional da consultoria jurídica da Administração Pública brasileira.

4 A eficácia interna dos pareceres da advocacia de Estado

Para compreender a eficácia interna dos pareceres da advocacia de Estado, é necessário destrinchar sua estrutura administrativa. Sempre que uma manifestação jurídica é aprovada por um superior hierárquico na

²²Reconhecendo a ausência de vinculação do parecer previsto na LLCA, Mendonça (2010, p. 149) aduz: “O parecer é obrigatório quanto à sua presença, mas não é, e jamais poderia ser, obrigatório quanto a seu acolhimento: mesmo no caso do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, há consenso, no STF e nos tribunais de contas, de que a autoridade administrativa pode deixar motivadamente de segui-lo, arcando, é claro, com os riscos”. Da mesma forma, doutrina Torres (2009, p. 162), depois de citar decisão do TCU admitindo que o parecer jurídico possa ser motivadamente refutado pelo gestor público: “o parecer jurídico, mesmo aquele apresentado para a aprovação prevista no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, é opinativo (embora obrigatório), não vinculando efetivamente a ação do gestor”.

estrutura do órgão de consultoria jurídica, ela vincula todos os subordinados. Como destaca Martins (2019), “é perfeitamente possível hierarquia entre os diversos órgãos integrantes da própria estrutura da Advocacia Pública.” Dessa forma, a manifestação jurídica do advogado-geral da União vincula todos os órgãos da AGU, a do consultor-geral da União, todos os órgãos da Consultoria-Geral da União (inclusive das consultorias jurídicas dos ministérios) e a do procurador-geral federal, todos os órgãos da PGF (inclusive das Procuradorias Federais Especializadas).

Essa vinculação significa que o entendimento jurídico adotado pelo superior hierárquico deve ser seguido pelo membro da advocacia pública, embora não impeça a solicitação motivada de sua revisão. Esse entendimento deve estar cristalizado em manifestação jurídica ou normativa anterior, e não decorrer de algum comando hierárquico (ordem) para determinado entendimento ser expresso no parecer. Se tiver entendimento diferente do parecerista, o superior deve aguardar para registrar a divergência em seu despacho de não aprovação, ou aprovação parcial, podendo ainda avocar a resolução da questão.

O fato de a LC nº 73/1993 (art. 43) preceituar que a súmula da AGU tem caráter obrigatório para todos os seus órgãos jurídicos não exclui a eficácia vinculante de outros opinativos jurídicos aprovados pelo advogado-geral da União. Essa norma não determinou que somente a súmula da AGU teria tal efeito, mas deixou isso claro ao instituir o sistema de súmulas administrativas, prática até então não consolidada pela legislação. A própria existência de súmula serve para publicizar o entendimento administrativo, ainda que ela tenha o efeito de autorizar os membros da AGU a tomarem uma série de medidas na representação judicial, como desistir de recurso, não contestar etc. A rigor, a súmula nem seria necessária, pois, após ser tomada, certa decisão deverá ser adotada em todos os casos iguais, sem necessidade de expressa manifestação nesse sentido. Entretanto, a redação sintética, clara e direta da súmula permite que o entendimento seja facilmente aplicado por todos os membros do órgão prolator da súmula e, conseqüentemente, exigido pelos administrados. É nesse contexto que se deve entender a referência da LC nº 73/1993, e não no sentido de conferir exclusividade à súmula como elemento vinculante, possibilitando que os demais opinativos jurídicos sejam apenas indicativos.

Tanto é assim que o art. 28, II, da LC nº 73/1993 (BRASIL, 1993a) amplia o rol de atos que vinculam os membros da AGU, ao vedar que eles contrariem não apenas súmula, como também parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo advogado-geral da União. Já se defendia que o parecer normativo também seria vinculante; a inovação do dispositivo foi mencionar “orientação técnica”, o que significa qualquer manifestação jurídica, uma vez que orientação técnica do advogado-geral

da União somente pode ser a jurídica. No entanto, como se verifica na sequência, o poder hierárquico torna vinculante qualquer manifestação jurídica de superior hierárquico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser o poder hierárquico prestigiado no art. 28, II, da LC nº 73/1993 no MS 13.861, em que a acusação originária do processo administrativo disciplinar (PAD) era de descumprimento de leis e orientações normativas por membro da AGU. O STJ entendeu a aptidão, em tese (justa causa), para deflagrar o PAD ao mesmo tempo em que garantiu a independência do parecerista, tendo o relator apresentado a questão da racionalidade e isonomia, que também devem caracterizar as manifestações jurídicas:

De fato, o que não se apresenta produtivo e coerente, sob o ponto de vista dos interesses da própria Administração, é a sistemática produção de textos jurídicos contrários a orientações jurídicas legalmente em vigor. Apresenta-se inerente à atuação do Poder Público a busca da mesma solução administrativa para idênticas situações de fato.

A permissão para que advogados públicos atuem com absoluta independência em suas manifestações jurídicas possibilitaria a criação de uma situação de completa desordem, comprometendo a defesa de órgãos da Administração Pública e, sobremaneira e em última análise, o interesse público envolvido (BRASIL, 2009c, p. 11).

É conhecida, em Teoria Geral do Direito, a difícil opção entre a analogia e o argumento *a contrario sensu*, que, de tão recorrente, fez Engisch (2004, p. 291) destacar que o jurista frequentemente está perante argumento de analogia ou argumento *a contrario*. Isto é, deve-se considerar que as previsões de vinculação aos próprios membros dispostas na Lei Orgânica da AGU são um rol exaustivo (argumento *a contrario sensu*) ou exemplificativo (analogia)? Ferraz Junior (2016, p. 299) lembra que o argumento *a contrario sensu*, assim como o *per analogiam*, se funda no princípio da diferença, que “tem um estatuto axiológico, isto é, não se trata de um juízo analítico, mas sintético e que depende de uma avaliação pelo intérprete conforme um juízo de valor”. Engisch (2004, p. 292), ao se debruçar sobre o tema, também reforça que a escolha entre o argumento de analogia e o *a contrario sensu* não se situa no plano da pura lógica, mas tal escolha deve “combinar-se com a teleológica”. Exemplificação da aplicação do argumento *a contrario sensu* fez o marechal do ar britânico Sir Arthur Harris: ao rebater as críticas a ele dirigidas por ter comandado os bombardeios de Dresden na Segunda Guerra Mundial, ele usou “o cínico argumento *a contrario* de que se tinha conformado estritamente à convenção sobre a guerra aérea procedente da guerra de 1870-1871, segundo a qual era proibido ‘lançar corpos explosivos de balões inflados por um gás’” (ENGISCH, 2004, p. 345).

Entende-se que não seria o caso de fazer uma leitura *a contrario sensu*, garantindo liberdade para os órgãos da AGU atuarem desordenadamente; essa leitura contraria o princípio da eficiência, da isonomia e da segurança jurídica, além da inerente função de um órgão de assessoramento jurídico. O motivo para uma leitura por analogia dos dispositivos que preveem a vinculação interna dos opinativos jurídicos da AGU é a presença da mesma *ratio* (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*) – o que justifica a vinculação aos posicionamentos do advogado-geral da União por todos os seus membros é o mesmo que justifica a vinculação ao posicionamento de qualquer outro chefe, desde que seja apenas para os seus subordinados.

Os membros de um órgão de advocacia pública devem seguir os posicionamentos de seus superiores porque se prestigia a *uniformidade* com a imanente *igualdade* dos órgãos – e, via reflexa, dos cidadãos – na aplicação dos posicionamentos jurídicos; reforça a *segurança jurídica*, pois implica previsibilidade dos atos estatais; estabiliza a expectativa dos cidadãos, prestigiando a *proteção de confiança legítima* dos atos estatais; enaltece a *eficiência administrativa*, ao evitar desperdício de esforços para “reinventar a roda”, prestigiando-se, de tabela, a *economicidade*; e, por fim, a *obediência hierárquica*. Segundo Madureira (2015, p. 245), “a hierarquização dos posicionamentos jurídicos firmados no âmbito da Advocacia Pública apresenta-se, em rigor, como exigência do próprio regime administrativo”.

Como a consultoria jurídica é uma das funções da AGU, não se pode permitir que o esforço empreendido nessa atividade seja desperdiçado ao transformar cada parecerista em uma ilha, sob uma desvirtuada concepção de independência técnica. Para evitar esse efeito, o *Manual de Boas Práticas Consultivas* prevê a verificação prévia da existência de orientação ou precedente consultivo no âmbito da AGU, embora não mencione vinculação, mesmo porque a pesquisa não necessariamente deve ser feita em pronunciamentos de superior hierárquico ou com efeitos vinculantes expressamente previstos em lei.

Esse dever de acatar os posicionamentos dos superiores hierárquicos não implica o dever de o parecerista concordar com eles, vedando-lhe a exposição de ponto de vista contrário. Veda-se apenas que a conclusão do opinativo jurídico seja contrária ao já decidido, não a exposição de outros pontos de vista, sobretudo se for almejada a revisão do precedente. Também não impede que se apontem motivos para não aplicar o precedente firmado por superior hierárquico (*distinguishing*) ou apontar razões para a reversão do entendimento mesmo concluindo pela vinculação ao precedente. Porém, as razões para a superação do entendimento do parecer podem ser propostas e submetidas à instância superior, até o

mesmo grau hierárquico da autoridade que expediu ou aprovou o parecer que se almeja superar.

Uma dúvida frequente é se a manifestação jurídica da consultoria jurídica (Conjur) dos ministérios (administração direta) vincula os órgãos de assessoramento jurídico (PGF) das autarquias e fundações federais (administração indireta) vinculadas à pasta assessorada pela Conjur. Isso ocorre porque, ao tratar das funções das consultorias jurídicas dos ministérios, a redação da LC nº 73/1993 (art. 11, II e III) (BRASIL, 1993a) permite tal questionamento. Embora ela insinue essa vinculação por coordenação a “entidades vinculadas” e por fixação de interpretação a ser seguida em suas “áreas de atuação”, abrangendo as autarquias e fundações federais vinculadas à pasta que a Conjur assessora, deve-se fazer exegese sistemática para reconhecer a vinculação à administração indireta da pasta apenas quando o ministro aprovar o parecer (LC nº 73/1993, art. 42). Caso contrário, não há vinculação à administração indireta.

Em relação aos órgãos de assessoramento jurídico da administração indireta (PGF e suas ramificações), o opinativo da Conjur não a vincula, pois não há hierarquia entre a Conjur (CGU) e a PGF, além de a própria lei orgânica atribuir o assessoramento jurídico das autarquias e fundações federais à PGF (art. 17, II), aplicando-se, no que couber, o art. 11 da LC nº 73/1993 (LC nº 73, art. 18). Dessa forma, opinativo jurídico aprovado por órgão superior vincula os órgãos a ele subordinados, ainda que seus ocupantes não pertençam à carreira criada para o órgão.²³

Por fim, é necessário abrir breve parêntese para abordar a relação da atividade de consultoria jurídica com a de representação judicial. Esta não precisa seguir o entendimento da consultoria, exceto se houver expressa previsão nesse sentido, porque o gestor pode discordar do opinativo jurídico, e o dever da representação judicial é defender o ato, ainda que a consultoria jurídica o tenha entendido inválido. Se o gestor não pudesse discordar das razões jurídicas apontadas pelo consultivo da advocacia pública, a sua própria função de consultoria seria deturpada e seus opinativos seriam vinculantes. De qualquer forma, esse dever da representação judicial não chega ao ponto de defender atos teratológicos.

Por esse motivo, não há contradição no fato de a advocacia de Estado defender uma tese na atividade consultiva e outra na representação judicial, desde que o gestor fundamente o não acatamento do opinativo jurídico.

²³ Por exemplo, parecer aprovado pela PGF vincula não apenas todos os procuradores federais em exercício em seus órgãos, mas eventuais advogados da União, procuradores da Fazenda Nacional e outros que estejam em exercício em órgãos da PGF. O mesmo ocorre com pareceres aprovados pela CGU, que vinculam não somente os advogados da União lotados nela e nas consultorias jurídicas dos ministérios, mas também procuradores da Fazenda Nacional, procuradores federais ou do Banco Central que estejam em exercício em órgãos da CGU.

5 A eficácia externa dos pareceres da advocacia de Estado

Já se destacou que o opinativo jurídico da advocacia pública não se confunde com o ato do gestor, mas suas manifestações jurídicas podem excepcionalmente receber um despacho (*aprovo*) da autoridade administrativa e fazer com que o seu conteúdo tenha eficácia vinculante externa em relação ao órgão de assessoramento jurídico.

Historicamente, identifica-se no período imperial a origem da eficácia externa dos pareceres jurídicos da advocacia de Estado, com as resoluções imperiais e avisos ministeriais, tomados depois de ouvido o Conselho de Estado, que obrigavam a todos os agentes do Executivo (LOPES, 2010, p. 112-114). Esse aspecto histórico deixa bem clara a hierarquia envolvida na eficácia externa dos opinativos jurídicos, aspecto que existe até hoje, embora com ampliações legais, uma vez que alcança a administração indireta na esfera federal. É importante destacar esse aspecto hierárquico porque dele decorrem importantes conclusões relativas à eficácia externa dos opinativos jurídicos dos órgãos de advocacia de Estado: (i) a eficácia independe de lei prevendo tal efeito; (ii) o que gera a eficácia externa é a posição hierárquica da autoridade, não o tipo de opinativo jurídico aprovado, nem o tipo de autoridade que o aprova. Em suma, os subordinados da autoridade devem obedecer, de forma vinculante, à manifestação jurídica por ela aprovada, não havendo necessidade de lei para isso.

Na AGU, conforme a LC nº 73/1993 (arts. 40 e 42), os opinativos jurídicos podem ter efeitos vinculantes para os gestores quando forem aprovados pelo presidente da República, por ministros de Estado ou pelos titulares das demais secretarias da Presidência da República, hoje com *status* de ministros. Entretanto, o rol é exemplificativo, porque um secretário de um ministério ou um presidente de autarquia podem aprovar determinado entendimento de um dos órgãos da AGU que passará a vincular os seus subordinados. Essa hipótese de vinculação externa dos pareceres da AGU pressupõe o *aprovo* do gestor público. Não se caracteriza como vinculante para a Administração Pública o opinativo jurídico aprovado pelo advogado-geral da União, ainda que a LC nº 73/1993 preceitue que lhe compita “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal” (art. 4º, X) e “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal” (art. 4º, XI) (BRASIL, 1993a). Não procede o entendimento de que a manifestação jurídica aprovada pelo advogado-geral da União sem o *aprovo* de autoridades administrativas teria eficácia vinculante externa,

embora em menor grau do que a existente se esse *aprovo* esteja presente (BINENBOJM, 2015, p. 165). Não há eficácia vinculante externa, em qualquer grau, no caso de mero parecer aprovado pelo advogado-geral da União.

Não se pode pacificar a jurisprudência administrativa ou fazer a exegese de normativos a serem uniformemente seguidos pelos órgãos e entidades da Administração federal de forma apartada das previsões expressas de eficácia externa da LC nº 73/1993 para atribuir ao órgão de advocacia de Estado função de gestão administrativa por meio de opinativos jurídicos. De acordo com Maximiliano (2011, p. 104), a leitura sistemática deve comparar o dispositivo a ser interpretado com outros da mesma lei ou de leis diversas, desde que referentes ao mesmo objeto. Afinal, é por uns preceitos que se conhece o verdadeiro alcance de outros.

Na melhor tradição de Direito brasileiro, os arts. 40 e 42 da LC nº 73/1993 deixam claro que a única manifestação da AGU a ter efeitos externos é a aprovada pelas autoridades. É inapropriada a leitura isolada e literal dos incisos X e XI do art. 4º da mesma lei para defender alguma vinculação da Administração Pública, ainda que em grau menor. Não apenas a leitura sistemática da LC nº 73/1993 (arts. 40 e 42) corrobora a ausência de vinculação da Administração Pública ao mero opinativo jurídico do advogado-geral da União, mas também a própria função de consultoria jurídica estabelecida na CRFB, uma vez que se nega à advocacia pública a gestão administrativa por meio de parecer jurídico. Embora a redação do art. 40 possa levar ao entendimento de que a submissão ao presidente da República de qualquer parecer efetuado (ou aprovado) pelo advogado-geral da União seja obrigatória, isso não ocorre, pois é competência discricionária deste submeter os pareceres da AGU ao chefe do Executivo, que, por sua vez, também tem discricionariedade para aprová-los.

A aprovação por autoridade hierarquicamente superior vincula todos os órgãos subordinados, em todos os entes federativos; no entanto, a LC nº 73/1993 molda o âmbito da independência da administração indireta²⁴ ou de órgãos autônomos, pois, quando os opinativos jurídicos são aprovados pelo ministro, “obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas” (LC nº 73, art. 42) (BRASIL, 1993a) – raciocínio que se aplica aos pareceres aprovados pelo presidente da República, que vinculam toda a Administração federal. A vinculação dos pareceres jurídicos a toda a administração direta decorre do poder hierárquico e, nesse sentido, é previsão desnecessária, tanto que lastreada em antiga prática estatal do Império traduzida nas resoluções imperiais e avisos ministeriais, vinculantes a todos os agentes do Executivo. O valor da LC nº 73/1993 é abarcar a administração indireta, o que leva à necessidade de se investigar na legislação do ente federado o alcance desse tipo de vinculação.

Se o opinativo jurídico recebe o *aprovo* do presidente da República e ambos são publicados, há vinculação ao entendimento da AGU de toda “Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento” (LC nº 73, art. 40, § 1º). Se não houver publicação, o parecer jurídico “obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência” (LC nº 73, art. 40, § 2º) (BRASIL, 1993a). Repartições interessadas aqui são os órgãos ou entidades públicas envolvidas diretamente no opinativo jurídico.

O alcance da eficácia do *aprovo* é polêmico porque pode ser uma forma de a administração direta, mediante opinativo jurídico da AGU – que nem mesmo assessora todos os entes da

²⁴ A lista de entidades e a respectiva vinculação ministerial ou de secretarias da Presidência da República é publicada em decreto. Atualmente essa lista está no Decreto nº 9.660, de 1º/1/2019 (BRASIL, [2020b]).

administração indireta –, aniquilar a autonomia administrativa que justifica a própria criação dessas entidades públicas especializadas, preocupação que aumenta no caso das agências reguladoras. Não que haja um modelo ideal a respeito dos limites da autonomia e independência da administração indireta; a lei pode regular esses limites. No entanto, como a distinção entre administração direta e indireta é reconhecida em diversos dispositivos constitucionais, uma leitura possível é a de que somente há vinculação ao *aprovo* na exata extensão do controle finalístico, que cabe ao poder de supervisão ministerial ou de tutela. Conforme essa leitura, haveria limitação do efeito vinculante pelo próprio alcance do poder de supervisão ministerial da administração direta sobre a indireta – o que já foi objeto de parecer da AGU (Parecer AGU AC 51-06) – com *aprovo* presidencial, ao analisar o cabimento do recurso hierárquico impróprio.²⁵ Essa limitação pelo alcance do poder de supervisão ministerial não se aplica à aprovação pelo presidente da República, segundo entendimento da AGU (Despacho 455/2017/GAB/CGU/AGU, PA 00400.000749/2017-09) e do STJ (REsp 1.094.218) (BRASIL, 2010b).

Porém, ainda que o fito da criação das agências reguladoras tenha sido a independência perante o poder político, não parece correto negar o poder previsto em legislação específica de resolver questões jurídicas para a administração indireta por despacho normativo (*aprovo*) da autoridade administrativa. A tutela, controle da administração indireta pela direta, não se presume e deve ser exercida nos limites da lei²⁶. Até a edição da LC nº 73/1993, a autonomia da administração indireta já era conhecida, e as leis de criação das agências reguladoras nada dispuseram em sentido contrário àquela Lei. Ademais, se os limites entre administração direta e indireta foram dados, em caráter geral, pelo Decreto-lei nº 200/1967 (BRASIL, [1998]), que previa que o regulamento pode adotar outras medidas de supervisão (art. 26, parágrafo único), com tanto mais razão outras medidas de supervisão podem ser previstas por lei. Como destacou Grau (apud BRASIL, 2010b, p. 13), onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

A vinculação da administração indireta já é polêmica por si só dentro do conceito de Administração federal, no caso do *aprovo* presidencial – bem como do conceito de “órgãos autônomos e entidades vinculadas” à pasta, no caso do *aprovo* ministerial –, mas essa controvérsia é ainda

²⁵ O controle ou tutela (supervisão ministerial), via recurso hierárquico impróprio, é possível, nos termos do Parecer AGU AC 51-06, publicado com o *aprovo* presidencial, mas somente quando a conduta da entidade (no caso tratava-se de agência reguladora) se referir a matéria-meio ou ultrapassar “os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta” (BRASIL, 2006).

²⁶ Ver Di Pietro (2014, p. 70), Aragão (2013, p. 114) e Oliveira (2013, p. 68).

mais acirrada em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, que tenham personalidade de direito privado e prestem serviços públicos (art. 175 da CRFB) ou explorem atividade econômica (art. 173 da CRFB). A lei não parece distinguir as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos daquelas que exploram a atividade econômica – e engloba todas as entidades vinculadas à pasta ou compreendidas na Administração Pública federal. Não se trata de reflexo do poder hierárquico, mas de poder expresso previsto em lei, limitando a autonomia da administração indireta.

Por ausência de limites excludentes entende-se que os *aprovos* ministeriais ou presidenciais vinculam as empresas estatais não dependentes. Foi o que ocorreu com a Petrobras, cuja divergência com a Agência Nacional do Petróleo foi solucionada pelo Parecer AGU GMF-04, aprovado pelo presidente da República (BRASIL, 2017a). Acrescente-se que elas sofrem influência até mesmo da Lei nº 9.469/1997 (art. 7º-A), embora sem a intervenção da AGU em alguns casos pontuais,²⁷ demonstrando que isso não significa autonomia em relação ao Executivo.

O STJ reformou acórdão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região quando este entendeu que os pareceres da AGU, ainda que aprovados pelo presidente da República, não seriam de observância obrigatória pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), uma autarquia federal, no que diz respeito tanto à interpretação e aplicação das normas de defesa da concorrência quanto à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Para o TRF da 1ª Região, se assim não fosse, “a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos – no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos –, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo” (BRASIL, 2007d).

Para o STJ, não existiria ingerência indevida na administração indireta, prevalecendo o disposto na LC nº 73/1993 (art. 40, § 1º) – no caso, o entendimento exarado em parecer da AGU e aprovado pelo presidente da República – sobre o art. 50 da Lei nº 8.884/1994 (atual art. 9º, § 2º, da Lei nº 12.529/2011) (BRASIL, [2011], [2015c]), que é claro ao impedir que a administração direta controle os atos administrativos do Cade proferidos em sua atividade-fim. Rechaçou ainda a alegação do Cade de que a Lei nº 8.884/1994 seria posterior à LC nº 73/1993 e, por isso, deveria prevalecer pela aplicação do critério cronológico, consoante o trecho de sua ementa:

²⁷ Ao tratar da realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais, a própria Lei nº 9.469/1997 dispensa a prévia e expressa autorização do advogado-geral da União e do ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, quando diante de empresas públicas federais não dependentes, necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seus dirigentes (art. 1º, § 4º). Também exclui as empresas públicas não dependentes em outros casos (art. 1º-B, parágrafo único) (BRASIL, [2015b]).

ADMINISTRATIVO – ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – LEIS 4.594/64 E 8.884/94 – PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU. [...]

4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.

5. Vinculação ao parecer, que se sobre põe à Lei 8.884/94 (art. 50) (BRASIL, 2010b, p. 1).

Nos votos dos ministros Eliana Calmon e Benedito Gonçalves no REsp 1.094.218, fica clara a eficácia externa dos pareceres da AGU aprovados pelo presidente da República:

A partir das disposições da Lei Complementar 73/93, o Parecer GM-20 da AGU deveria ser suficiente para solucionar a querela, sem necessidade de obter-se uma resposta do Poder Judiciário, considerando que tanto o CADE quanto o BACEN são entidades integrantes da Administração Pública Federal (autarquias) e, nessa condição, sujeitam-se aos pareceres emitidos pela AGU, dotados de caráter vinculante por força do art. 40, § 1º, do citado diploma legal (BRASIL, 2010b, p. 10-11).

“A partir da Lei Complementar 73, o parecer da AGU deveria ser suficiente para solucionar a querela, sem a necessidade de obter-se uma resposta do Poder Judiciário, considerando-se que tanto o Cade quanto o Bacen são entidades integrantes da Administração Pública Federal e, nessa condição, sujeitas a pareceres emitidos pela AGU, dotado de força vinculante” (BRASIL, 2010b, p. 66).

A eficácia externa dos opinativos da advocacia pública na administração indireta não pode ser desvirtuada para transformar a administração direta em instância revisora de decisões tomadas por entidades públicas em suas atividades-fim, exceto pelo *aprovo* presidencial. Entretanto, tal situação teratológica é a exceção, devendo ser vista caso a caso e de acordo com os limites traçados pelo direito positivo do ente federativo em questão.

Ressalte-se que a LC nº 73/1993 teve o cuidado de prever a vinculação a toda Administração Pública federal somente quando houver ciência, seja ela por publicação, seja por outro meio. No que diz respeito aos pareceres das consultorias jurídicas dos ministérios ou secretarias da Presidência da República, não houve preocupação do legislador em prescrever expressamente que se dê ciência de seu conteúdo, mas obviamente essa ciência é necessária, ainda que mediante ofício circular ou aviso ministerial. O art. 41 determina que os pareceres emitidos pela CGU são considerados como do advogado-geral da União se forem aprovados por este, e podem ser submetidos ao presidente da República. Saliente-se que não apenas os opinativos jurídicos da CGU aprovados pelo advogado-geral da União

têm essa eficácia, mas também os encampados por ele e previamente aprovados por seus outros subordinados, como são os opinativos dos procuradores-gerais (federal, da União, da Fazenda Nacional e do Banco Central). Não é necessário que a manifestação jurídica seja aprovada pela CGU, o que importa é o *aprovo* do advogado-geral da União, sendo irrelevante a sua origem ou trajetória dentro da AGU.

Importa destacar que o parecer da advocacia pública não tem efeito vinculante, mas o ato da autoridade que o aprova (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013, p. 204; MORETTI, 2015, p. 189). Essa autoridade é superior hierárquico ou, quando se prevê o alcance em órgãos vinculados, é autoridade de alto escalão a que a lei confere a possibilidade de vinculação com o *aprovo* do opinativo jurídico. Com base no poder hierárquico, pode-se aprovar um entendimento técnico ou jurídico que vincule todos os órgãos subordinados, ainda que sem previsão expressa em lei. A previsão legal somente é necessária quando ausente o poder hierárquico.

Com o *aprovo* da autoridade prevista em lei, o ato passa a ser dela, tendo o opinativo jurídico apenas a função de ser uma motivação *per relationem*. Essa independência do ato que aprova o parecer jurídico levanta como questão a sua revogação: é necessário o ato da mesma autoridade para que o efeito vinculante externo deixe de existir ou a mera mudança de entendimento por parte do órgão de consultoria jurídica é suficiente para tal fim? Tenha ou não base legal, após o *aprovo* somente outro ato expedido pela mesma autoridade pode cessar os efeitos vinculantes do parecer. Aqui não se trata de uma conjugação de vontades, fazendo o ato desaparecer pela retirada de suporte do órgão de consultoria jurídica; é o ato de *aprovo* que gera o efeito vinculante, subsistindo por si só, pois a manifestação jurídica é capturada naquele momento, passando a integrar o ato de forma relacional, por referência ou por remissão. Porém, a subsistência do entendimento já não mais prevalente no órgão de assessoramento jurídico na Administração Pública ancora-se unicamente no poder hierárquico, não podendo haver lei que o proíba ou mantenha esse quadro para além do poder hierárquico.

Além da vinculação prevista em lei, pode-se também eliminar o poder do gestor público de afastar o parecer jurídico, ainda que motivadamente, ao se prever a sua vinculação baseada e limitada pelo poder hierárquico, ou seja, o gestor público está vinculado à decisão do seu superior hierárquico. Como a hierarquia existe na administração direta e na indireta, mas não de forma transversal entre ambas, essa vinculação deve ocorrer estritamente dentro dos limites hierárquicos, exceto se houver expressa base legal para vincular a administração indireta pela decisão da direta, sendo vedada a presunção de vinculação transversal.

Por outro lado, o Decreto nº 2.346/1997 (BRASIL, [2020a]) transcende a mera questão hierárquica, mas o faz intermediando a execução do STF que fixa a interpretação do texto constitucional de forma inequívoca e definitiva. Nesse caso, após aprovado pelo presidente da República, esse entendimento do STF deverá ser uniformemente observado pela Administração Pública federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos no Decreto (art. 1º), não requerendo interpretação alguma decorrente de súmula vinculante ou de ADI ou ADC, cuja vinculação veio a ser expressa na CRFB com a EC nº 45/2004 (arts. 102, § 2º, e 103-A) (BRASIL, [2019a]). No caso daquele Decreto, a proposta não precisa originar-se da AGU, caso no qual a LC nº 73/1993 prevê a vinculação de toda Administração Pública, podendo vir de ministros de Estado ou dirigentes de órgão que integrem a Presidência da República (art. 1º, § 3º), o que levanta dúvidas sobre a validade do alcance da decisão à administração indireta, uma vez que falta lei para embasar essa intromissão na independência normativa das entidades públicas.

Por fim, a exemplo da eficácia interna, o parecer aprovado pela autoridade administrativa só veda a conclusão que seja contrária ao já decidido, não a exposição de outros pontos de vista, pedido de reforma ou, ainda, a evocação de motivos em caso concreto para não se aplicar o precedente firmado por superior hierárquico (*distinguishing*).

6 O direito subjetivo do cidadão decorrente da eficácia externa dos pareceres

Infelizmente, há casos de órgãos e entidades públicas que não seguem o efeito vinculante contido na legislação do ente federativo ou me-

ramente decorrente do poder hierárquico, o que levanta a seguinte questão: haveria um direito subjetivo capaz de compelir a Administração Pública a cumprir os opinativos jurídicos da advocacia de Estado aprovados pelas autoridades competentes para lhes dar eficácia externa? A eficácia externa das manifestações jurídicas da advocacia de Estado, nos termos da LC nº 73/1993, existe apenas como direito objetivo (*law*) ou também se constitui em direito subjetivo (*right*), gozando, pois, de proteção judiciária? Segundo Ferraz Junior (2016, p. 117), estar-se-á diante do direito subjetivo quando há uma situação jurídica favorecendo alguém, sendo essa situação decorrente de normas que restringem o comportamento dos outros e que, ainda, o seu uso pressupõe a possibilidade de fazer valer a sua situação em face desses outros.²⁸

O problema de se considerar o opinativo jurídico como um direito subjetivo do cidadão surge porque o direito positivo não é textual quanto à possibilidade de o cidadão exigir o cumprimento do parecer da AGU com o *aprovo* ministerial ou presidencial. Assim, é necessário trabalhar com premissas adicionais para se identificar a presença de direito subjetivo e, portanto, de sua extensão. Somente haverá direito subjetivo quando estiverem presentes estas premissas adicionais autoexplicativas: (i) ciência, efetiva ou presumida, do órgão ou entidade pública do opinativo jurídico aprovado pelo dirigente; (ii) prévio requerimento administrativo (RE 631.240) (BRASIL, 2014); (iii) mora administrativa ou decisão contrária ao parecer aprovado nos termos da LC nº 73/1993; (iv) aplicação da parte dispositiva da manifestação jurídica, suas conclusões, de modo que a *ratio decidendi* deve ter aplicação excepcional e o *obiter dictum* não deve ser aplicado; (v) legitimidade ativa – comprovação de reflexo favorável direto e imediato

²⁸No mesmo sentido, ver Reale (1993, p. 257).

da situação jurídica constante do parecer da AGU, aprovado nos termos da LC nº 73/1993; (vi) legitimidade passiva – pedido deve ser endereçado ao órgão ou entidade responsável pela prática do ato administrativo.

Sem a eficácia externa, o emprego do parecer jurídico como fundamento para as decisões administrativas torna-se fragilizado. Nesse caso, o cidadão somente pode requerer ao gestor se apresentar o opinativo jurídico como motivo concorrente ou exclusivo, o que gerará resposta fundamentada, acatando ou não o pedido, a qual deve considerar precedentes administrativos para não criar decisões desiguais. Certamente, se negado ou não respondido a tempo esse pedido, viabiliza-se o acesso ao judiciário.

7 Conclusão

As manifestações jurídicas da advocacia de Estado têm efeito dentro do próprio órgão (eficácia interna) e, cumpridas algumas condições, na Administração Pública assessorada (eficácia externa). Embora essas manifestações normalmente se formalizem por parecer jurídico, a organização interna do órgão da advocacia de Estado pode prever outros tipos de opinativos jurídicos, a depender de como a questão está regulamentada. Os despachos de aprovação, aprovação parcial ou rejeição também podem receber o *aprovo* do gestor.

Classifica-se o opinativo jurídico em *facultativo* ou *obrigatório*, sob a ótica de sua necessidade, e em *não vinculante* e *vinculante*, relativamente aos seus efeitos. Não existe correlação entre o parecer jurídico ser vinculante e ser obrigatório. O fato de haver divergência na classificação das manifestações jurídicas como atos opinativos ou meramente administrativos não significa confundi-los com aqueles a serem expedidos em processo decisório. Se for vincu-

lante, o parecer deixa de ser parecer para ser ato decisório, de gestão; parecer vinculante é decisão, não opinião, configurando uma contradição em seus próprios termos porque obriga o órgão de consultoria jurídica a assumir a função de gestão pública, subtraindo o múnus do administrador público, em clara inversão inconstitucional do papel de consultoria jurídica da advocacia de Estado – uma ofensa à natureza das coisas e ao princípio da razoabilidade. Nos arts. 131 e 132, a CRFB admite que a advocacia de Estado exerça atividades de consultoria jurídica, e ela não preceitua que a AGU ou as procuradorias dos Estados se transformem no próprio Poder Executivo por meio de assessoria jurídica, motivo pelo qual não se vê espaço para que haja parecer jurídico vinculante. A existência de tal tipo de parecer somente seria admitida se tratada sob o mesmo prisma: atos opinativos vinculam atos opinativos e atos decisórios vinculam atos decisórios.

Compreender essas nuances é fundamental para a correta leitura de duas decisões do STF (MS 24.631 e 24.584), em que se separaram os tipos de opinativos jurídicos e se reconheceu o parecer jurídico vinculante no Direito brasileiro. O entendimento do STF foi equivocado em ambas as decisões porque há uma barreira constitucional para que gestão não se confunda com consultoria/assessoramento jurídico. Este tem assento constitucional e não pode ser transformado em ato de gestão. Deve-se superar a exegese literal da LLCA, pois o emprego do termo *aprovado* para o opinativo jurídico não tem o condão de transformá-lo em ato de gestão. Do ponto de vista de sua lógica interna, a decisão do STF é ainda mais incoerente, porque a manifestação jurídica da advocacia de Estado seria vinculante, mas poderia ser afastada por ato do gestor.

A decisão, especialmente a presente no MS 24.584, confunde a obrigatoriedade do parecer

da LLCA com vinculabilidade e, principalmente, esta eventual natureza vinculante do ato com a possibilidade de responsabilização do parecerista pelo ato do gestor. A natureza do parecer e a responsabilidade pela sua emissão são questões diferentes. Considerar um parecerista responsável pelo seu parecer não pressupõe considerá-lo decisor, com o mesmo poder do gestor, ou mesmo um interveniente necessário. A responsabilidade pode existir ainda que o opinativo jurídico seja facultativo e não vinculante, não sendo sua natureza que influencia a questão, mas o nexos causal entre o ato administrativo inválido e a manifestação jurídica. Ademais, o opinativo jurídico deve ter sido expedido com fraude ou dolo, não mais vigendo a possibilidade de o parecerista ser responsabilizado por erro grosseiro por expressa determinação da legislação (CPC, arts. 184 c/c 15; Lei nº 13.327/2016, art. 38, § 2º), ancorada no legítimo espaço de conformação preceituado pela CRFB (art. 133).

A eficácia interna dos pareceres da advocacia de Estado acompanha a sua estrutura administrativa, pois segue a cadeia hierárquica. Sempre que aprovada por um superior hierárquico na estrutura do órgão de assessoramento jurídico, uma manifestação jurídica vincula todos os subordinados. Isso não significa ser impossível pedir a revisão do entendimento adotado pelo superior hierárquico ou expressar a sua discordância, mas apenas que o posicionamento deve ser seguido pelo membro da advocacia de Estado. Esse entendimento deve estar cristalizado em manifestação jurídica anterior; não pode ser imposto em manifestações não formalizadas. Se tem entendimento diferente do parecerista, o superior deve aguardar para registrá-lo em seu despacho. Sendo a consultoria jurídica uma das funções da advocacia de Estado, não se pode permitir que seja desperdiçado o esforço na execução desta atividade ao transformar cada parecerista em uma ilha, sob uma desvirtuada concepção de independência técnica, quando presente manifestação formalizada em certo sentido.

A eficácia externa dos pareceres da advocacia de Estado depende de expressa previsão legal ou regulamentar, podendo ainda ser efetuada casuisticamente, caso em que é ancorada e limitada pelo poder hierárquico. Quando a vinculação provém de lei, os efeitos podem ser estendidos aos entes da administração indireta, o que não se permite meramente com base no poder hierárquico ou com o de tutela ou supervisão ministerial. Não é correta a consideração do efeito vinculante externo do opinativo jurídico, pois é o ato administrativo de aprovação que tem efeito vinculante, sendo o parecer apenas o conteúdo do ato, ainda que *per relationem*.

Quando detentor de eficácia externa, a aplicação do opinativo jurídico gera direito subjetivo ao cidadão, desde que presentes algumas condições.

Sobre o autor

Eduardo Fortunato Bim é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; procurador federal, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: eduardofbim@yahoo.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

BIM, Eduardo Fortunato. A eficácia dos pareceres da consultoria jurídica no órgão de advocacia de Estado e na Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 43-80, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p43

(APA)

Bim, E. F. (2020). A eficácia dos pareceres da consultoria jurídica no órgão de advocacia de Estado e na Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 43-80. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p43

Referências

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (org.). *Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública*. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 239-268.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Relações entre a Advocacia-Geral da União e as agências reguladoras federais. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 155-167.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº AC-51, de 12 de junho de 2006*. Deliberação da Antaq. Agência Reguladora. Competência e recurso hierárquico impróprio. Divergência entre o Ministério e a Agência. Brasília, DF: AGU, 2006. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idade/8453>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº GMF-04, de 17 de julho de 2017*. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2017a. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19185674/do1-2017-07-20-parecer-n-gmf-04--19185613. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Advocacia-Geral da União. *Portaria nº 1.399, de 5 de outubro de 2009*. Dispõe sobre as manifestações jurídicas dos órgãos de direção superior e de execução da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados. [S. l.]: Diário das Leis, 2009a. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=213758>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Consultoria-Geral da União. *Manual de boas práticas consultivas*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Brasília, DF: AGU, 2016a. Disponível em: https://www.saude.gov.br/images/manual_de_boas_praticas_consultivas_4-_edicao_revista_e_ampliada_-_versao_padrao.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997*. Consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, regulamenta os dispositivos legais que menciona, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Decreto nº 9.660, de 1º de janeiro de 2019*. Dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9660.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9469.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2009b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro

de 1941 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2015c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2016b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016*. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13327.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2020c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. *Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001*. Dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2010a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2229-43.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Procuradoria-Geral Federal. *Portaria nº 526, de 26 de agosto de 2013*. Estabelece diretrizes gerais para o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos prestadas às autarquias e fundações públicas federais. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2013a. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30044024/dol-2013-08-30-portaria-n-526-de-26-de-agosto-de-2013-300. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de Segurança nº 13.005/DF*. Mandado de segurança. Administrativo. Licitação. Obras para a transposição do rio São Francisco. Falta de motivação do ato emanado do Sr. Ministro de Estado da Integração Nacional. Decadência do direito de impugnar o edital. Litispendência. Preliminares afastadas. Recurso administrativo provido para inabilitar o consórcio formado pelas impetrantes. Inobservância das normas de regência da licitação em comento [...]. Impetrante: Carioca Christiani Nielsen Engenharia S/A; Serveng Civilsan S/A Empresas Associadas de Engenharia; S/A Paulista de Construções e Comércio. Impetrado: Ministro de Estado da Integração Nacional. Relatora: Min. Denise Arruda, 10 de outubro de 2007a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=724665&num_registro=200701778874&data=20081117&formato=PDF. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Mandado de Segurança nº 13.861/DF*. Direito administrativo. Mandado de segurança. Processo disciplinar. Instauração contra membro da Advocacia-Geral da União – AGU. Competência da Corregedoria-Geral da AGU. Índícios de manifestações contrárias a pareceres vinculativos. Justa causa. Configuração. Segurança denegada [...]. Impetrante: José Carlos Souza. Impetrado: Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Advogado-Geral da União. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 9 de dezembro de 2009c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=928329&num_registro=200802161894&data=20100322&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de Segurança nº 17.874/DF*. Administrativo. Mandado de segurança. Anistia política. Suposto *bis in idem*. Anulação. Decadência administrativa. Consumação. Notas e pareceres da AGU que não se prestam à caracterização de medida impugnativa nos termos do § 2º do art. 54 da Lei 9.784/99. Afronta ao art. 8º da CF/88. Violação reflexa. Precedentes do STF.

Segurança concedida. Agravo regimental da União prejudicado [...]. Impetrante: Wilma Noleto Maranhão de Oliveira. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 25 de setembro de 2013b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1268123&num_registro=201102867304&data=20131002&formato=PDF. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de Segurança nº 18.590/DF*. Mandado de segurança. Revisão de anistia concedida com base na Portaria 1.104-GMS/1964. Decadência do ato de anulação. Notas e pareceres da AGU que não se prestam à caracterização de medida impugnativa nos termos do § 2º do art. 54 da Lei 9.784/99. Matéria examinável na via mandamental. Afronta ao art. 8º da CF/88. Violação reflexa. Precedentes do STF. Segurança concedida [...]. Impetrante: Antônio Carlos Nunes de Lima. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relatora: Min. Eliana Calmon. Relator para o acórdão: Min. Arnaldo Esteves Lima, 10 de abril de 2013c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1190834&num_registro=201201089490&data=20130807&formato=PDF. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de Segurança nº 18.606/DF*. Mandado de segurança. Revisão de anistia concedida com base na Portaria 1.104-GMS/1964. Decadência do ato de anulação. Notas e pareceres da AGU que não se prestam à caracterização de medida impugnativa nos termos do § 2º do art. 54 da Lei 9.784/99. Matéria examinável na via mandamental. Afronta ao art. 8º da CF/88. Violação reflexa. Precedentes do STF. Segurança concedida [...]. Impetrante: João Cirino da Silva. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relatora: Min. Eliana Calmon. Relator para o acórdão: Min. Arnaldo Esteves Lima, 10 de abril de 2013d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1190836&num_registro=201201113763&data=20130628&formato=PDF. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança nº 1.587/GO*. Mandado de segurança. Parecer. Inadmissibilidade. Não cabe mandado de segurança contra parecer da Procuradoria-Geral do Estado, exarado em processo administrativo, por não ter força vinculante e por tratar-se de ato de seu ofício, nos procedimentos administrativos que dizem respeito ao controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo. Recurso ordinário a que se nega provimento. Recorrente: Joaquim Pereira Cesar. Recorrido: Estado de Goiás. Impetrado: Procurador-Geral do Estado de Goiás. Relator: Min. José de Jesus Filho, 4 de agosto de 1993b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200062725&dt_publicacao=23-08-1993&cod_tipo_documento=. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial nº 1.094.218/DF*. Administrativo – ato de concentração, aquisição ou fusão de instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional – controle estatal pelo Bacen ou pelo Cade – conflito de atribuições – Leis 4.594/64 e 8.884/94 – Parecer Normativo GM-20 da AGU [...]. Recorrente: Banco de Crédito Nacional S/A e outro. Recorrido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Relatora: Min. Eliana Calmon, 25 de agosto de 2010b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=915164&num_registro=200801736771&data=20110412&formato=PDF. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.652/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei 10.358/2001. Procedência do pedido. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça [...]. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores de Estado – Anape. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa, 8 de maio de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266874>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Mandado de Segurança 35.196/DF*. Agravo interno em mandado de segurança. Acórdão Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. Responsabilidade. Parecer técnico-jurídico. Art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Ausência de comprovação de dolo, erro grave inescusável ou culpa em sentido amplo. Agravo regimental desprovido [...]. Agravante: Tribunal de

Contas da União. Agravado: Fernando Antonio Freire de Andrade. Relator: Min. Luiz Fux, 12 de novembro de 2019d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751913839>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 24.073/DF*. Constitucional. Administrativo. Tribunal de Contas. Tomada de contas: advogado. Procurador: parecer. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da Lei das Licitações [...]. Impetrante: Rui Berford Dias e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Carlos Velloso, 6 de novembro de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 24.584/DF*. Advogado público – responsabilidade – artigo 38 da Lei nº 8.666/93 – Tribunal de Contas da União – esclarecimentos. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. Impetrante: Ildete dos Santos Pinto e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de agosto de 2007b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534997>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 24.631/DF*. Constitucional. Administrativo. Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico [...]. Impetrante: Sebastião Gilberto Mota Távares. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 9 de agosto de 2007c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Mandado de Segurança 29.137/DF*. Mandado de segurança. Tomada de contas especial. Tribunal de Contas da União. Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador – Planfor. Irregularidades na aplicação de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Ilegalidade da celebração de termo aditivo. Responsabilidade administrativa. Aplicação de multa a ex-gestor público [...]. Impetrante: Agamenon Rodrigues do Prado. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3447098>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 631.240/MG*. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Prévio requerimento administrativo e interesse em agir. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo [...]. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Marlene de Araújo Santos. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de setembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.841/DF*. Recurso ordinário em mandado de segurança. Revisão de anistia concedida com fundamento na Portaria nº 1.104/1964. Desnecessidade de dilação probatória. Adequação da via eleita. Mérito. Portaria nº 1.203/2012-MJ. Decadência do ato de anulação da anistia. Ausência de má-fé do anistiado. Impossibilidade de considerar notas e pareceres emanados pela Advocacia-Geral da União como medidas impugnadoras da validade do ato, nos termos do art. 54, § 2º da Lei nº 9.784/1999. Provimento do recurso [...]. Recorrente: Carlos dos Santos de Oliveira. Recorrida: União. Relator: Min. Edson Fachin, 2 de agosto de 2016d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11684874>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 615/2020*. Recursos de reconsideração em face de deliberação que julgou irregulares contas especiais, com imputação de débitos solidários e multas proporcionais por superfaturamento e pagamentos

indevidos, bem como aplicou multa a parecerista jurídico por não indicação da ausência de cláusula obrigatória em editais de licitação [...]. Recorrente: Alexandre Perez Marques e outros. Entidade: Universidade Federal Fluminense. Relatora: Min. Ana Arraes, 18 de março de 2020d. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/615%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e32a06f0-b568-11ea-a3c1-5b2f62a1c256>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 738/2017*. Relatório de acompanhamento. Contrato de concessão da BR-040/MG-RJ, duplicação da nova subida da Serra de Petrópolis. Significativa ampliação de investimentos que se encontravam subavaliados no Programa de Exploração da Rodovia (PER). Autorização para início das obras sem que estivessem assegurados recursos orçamentários à conta da União para sua continuidade [...]. Interessada: Agência Nacional de Transportes Terrestres; Procuradoria da República no Município de Petrópolis. Entidade: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 12 de abril de 2017c. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/738%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e32a06f0-b568-11ea-a3c1-5b2f62a1c256>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 2.947/2016*. Embargos de declaração. Alegação de omissão. Conhecimento. Acolhimento. Efeitos infringentes. Insubsistência das multas aplicadas por meio do Acórdão 3.241/2013-TCU-Plenário. Recorrente: Joaquim Silva e Luna; Altair Pedro Pires da Motta; Augusto Heleno Ribeiro Pereira. Entidade: Ministério da Defesa. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 16 de novembro de 2016e. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2947%252F2016/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=e32a06f0-b568-11ea-a3c1-5b2f62a1c256>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Tribunal Federal de Recursos (3. Turma). *Apelação em Mandado de Segurança nº 88.749/RS*. Mandado de segurança. Descabe a ação mandamental, quando não há ato administrativo, do qual emane a suposta coação ou ilegalidade. Parecer, por não ter força vinculante dado seu caráter meramente opinativo, não é ato administrativo. Contra a sua motivação ou suas conclusões, inadmissível a ação de segurança, que pressupõe, nos termos da lei, “ato” de autoridade, lesivo de direito líquido e certo. Relator: Min. Armando Rolemberg, 8 de setembro de 1981. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=0088749&b=TFRC&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em: 22 jun. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5. Turma). *Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF*. Constitucional e administrativo. Competência para apreciar atos de concentração de instituições financeiras. Atribuições jurídicas conferidas ao Bacen e ao Cade, respectivamente, pelas Leis 4.595/64 e 8.884/94, que hão de ser exercidas com fundamento no princípio da complementaridade [...]. Apelante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Apelado: BCN S/A; Bradesco S/A. Relatora: Des. Federal Selene Maria de Almeida. Relator para o acórdão: Des. Federal Fagundes de Deus, 29 de agosto de 2007d. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200234000334750&pA=200234000334750&pN=334109820024013400>. Acesso em: 23 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2013. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSAGNE, Ezequiel. La función consultiva jurídica en la Administración Pública Argentina. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 139-156.

COELHO, Enéias dos Santos. A responsabilidade do advogado público pelo parecer jurídico emitido no processo licitatório. *Revista da PGFN*, Brasília, DF, ano 3, n. 2, p. 69-86, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-iii-numero-6-2013/Diagramacao%20da%20Revista%20da%20PGFN.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício. Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v270.2015.58744>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58744/57542>. Acesso em: 22 jun. 2020.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- FISHER, Louis. *Constitutional conflicts between Congress and the President*. 4th ed. rev. Lawrence, KS: University Press of Kansas, c1997.
- GONÇALVES, Pedro. Apontamentos sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, n. 0, p. 3-12, nov./dez. 1996.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover Publications, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: (atualizados de acordo com a Lei federal nº 12.349/2010). 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Série Produção Científica. Direito, Desenvolvimento, Justiça).
- MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 465-483.
- MACEDO, Tatiana Bandeira de Camargo. A responsabilidade dos membros da Advocacia-Geral da União por pareceres exarados em licitações e contratos administrativos. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano 11, n. 32, p. 285-301, abr./jun. 2012.
- MADUREIRA, Claudio. *Advocacia pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. (Coleção Fórum Anape, 1).
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da advocacia pública. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, [s. l.], ano 3, n. 8, p. 63-85, jan./mar. 2019.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro *standards*. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano 9, n. 24, p. 139-166, abr./jun. 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado democrático de direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23-52.
- _____. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 95-118, 2008. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTI1MA%2C%2C>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MORETTI, Natalia Pasquini. A responsabilidade do advogado público em decorrência do exercício de suas atribuições na área consultiva. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*: RBEFP, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 175-210, jan./abr. 2015.

MOTTA, Fabrício Macedo. A atividade de assessoria jurídica no procedimento licitatório: fundamentos e limites. In: MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 891-902.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Advogados públicos e a responsabilidade solidária nos processos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*: FCGP, Belo Horizonte, v. 6, n. 61, p. 7-18, jan. 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 4. ed. atual. e rev. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A advocacia do Estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 10, p. 73-89, jun. 1977.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação*. São Paulo: NDJ, 2012.

PORTUGAL. *Decreto-lei nº 4, de 7 de janeiro de 2015*. Código do Procedimento Administrativo. [Lisboa]: Diário da República Eletrónico, 2015. Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/66041468/details/maximized?p_auth=a0a2asGQ. Acesso em: 23 jun. 2020.

RACHLINSKI, Jeffrey J. A positive psychological theory of judging in hindsight. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 65, n. 2, p. 571-625, 1998. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1751&context=facpub>. Acesso em: 22 jun. 2020.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Bruno Grego. Imunidade profissional do procurador e os pareceres no processo administrativo licitatório. In: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani (coord.). *Prerrogativas da advocacia pública: direitos não são benefícios, mas instrumentos da democracia para uma atuação eficiente e ética no trato da coisa pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 101-118.

SCALIA, Antonin. Vermont Yankee: the AAP, the D.C. Circuit, and the Supreme Court. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 1.978, p. 345-409, 1978.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, [São Paulo], v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35221/34021>. Acesso em: 22 jun. 2020.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. A natureza jurídica dos pareceres e a responsabilidade dos procuradores. In: VENTURA, Zênio; FAGÜNDEZ, Paulo Roney Ávila (org.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 630-658.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139-164.

_____. *Leis de licitações públicas comentadas*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

XAVIER, Gabriela Costa. Responsabilização do advogado público pela emissão de parecer jurídico. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*: RPGMBH, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 49-64, jul./dez. 2014.

A mediação penal em Portugal doze anos depois

Início, meio e fim (?)

FERNANDO LAÉRCIO ALVES DA SILVA

LUCA VERZELLONI

Resumo: Sob forte cobrança da Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI, de 15/3/2001, e na esteira de outras reformas promovidas em seu sistema de justiça penal por meio da Lei nº 21/2007, o Estado português introduziu em seu ordenamento jurídico a mediação penal como forma alternativa de solução de litígios. Passada pouco mais de uma década, no entanto, os números indicam que algo não anda bem na implementação do instituto. Nesse contexto, por meio da oitiva de alguns dos atores envolvidos na realização da mediação penal em Portugal, da análise dos dados estatísticos existentes, bem como das pesquisas anteriormente realizadas sobre a temática, busca-se compreender as causas desse aparente insucesso e fazer um diagnóstico sobre as possibilidades de recondução do instituto aos trilhos, o que evitaria a extinção da mediação penal em Portugal.

Palavras-chave: Sistema de justiça penal. Mediação penal. Justiça restaurativa. Portugal.

Criminal mediation in Portugal twelve years later: beginning, middle and end (?)

Abstract: Under heavy demand from Framework Decision n. 2001/220/JAI, of March 15, 2001, and in the wake of other reforms promoted in its criminal justice system, the State of Portugal, through Law n. 21/2007, introduced criminal mediation in its legal system as an alternative way of resolving disputes. A little more than a decade later, however, the numbers indicate that something is not going well in the institute's implementation. In this context, by listening to some of the actors involved in carrying out criminal mediation in Portugal, analyzing existing statistical data, as well as research previously carried out on the subject, we seek to understand the causes of this apparent failure and, above all, make a diagnosis on the

Recebido em 24/4/20

Aprovado em 24/6/20

possibilities of bringing the institute back on track, which would prevent criminal mediation in Portugal from reaching its end.

Keywords: Criminal justice system. Criminal mediation. Restorative justice. Portugal.

1 Considerações introdutórias

O presente ensaio tem por objeto de análise o instituto da mediação penal e, mais especificamente, o contexto de sua implantação em Portugal a partir da edição da Lei nº 21/2007 (PORTUGAL, [2013a]). Não se trata – e é importante que desde já se esclareça – de um texto que se volta à problematização teórica do instituto da mediação penal em si, suas origens históricas ou fundamentos¹, mas sim de uma análise que, partindo de bases teóricas previamente estabelecidas por outros estudiosos do assunto (SANTOS, 2014; CAMPANÁRIO, 2013; PINTO, 2016; LEITE, 2014), busca lançar luzes – ainda que apenas algumas – sobre o desenvolvimento da mediação penal desde a sua entronização no ordenamento jurídico lusitano.

A medida mostra-se necessária atualmente, pois, como se abordará ao longo do texto, a discrepância abissal entre o volume de casos penais submetidos à mediação penal como forma de solução do conflito nos anos que se seguiram à aprovação da Lei nº 21/2007, por um lado, e a total ausência de casos encaminhados nos últimos anos, por outro, demonstra que algo não anda bem – apesar de não ter ocorrido qualquer alteração normativa em relação aos requisitos para sua aplicação, à metodologia de funcionamento ou mesmo à estrutura concreta de seu desenvolvimento. Essa constatação leva à indagação do que exatamente teria acontecido ou estaria ainda acontecendo para que se chegasse a tal estado de coisas.

Na tentativa de identificar o que teria dado – ou ainda estaria dando – causa ao atual estágio de desenvolvimento da mediação penal em Portugal, optou-se por trilhar um caminho metodológico que não se restringe simplesmente à busca e à leitura dos dados estatísticos sobre a mediação penal no país². Mesmo porque tais dados somente permitem

¹ Essa opção foi feita porque diversos outros autores já se dedicaram a essa tarefa, muitos dos quais, inclusive, servem de ponto de sustentação para a presente análise. Além disso, não seria possível abordar teoricamente o instituto e, ao mesmo tempo, tratar de modo adequado de nosso objeto, que é o contexto da implantação da mediação penal em Portugal.

² Conjunto de informações e dados estatísticos constantes nos relatórios anuais *Estatísticas da Justiça*, produzidos pela Direção-Geral da Política de Justiça ([2019b]).

chegar ao ponto inicialmente lançado: o da mudança de rumos no recurso à mediação penal em Portugal, facilmente identificada pela paulatina diminuição de seus números até o atual estágio de abandono. Afinal, mais do que saber que isso aconteceu e tem acontecido, é preciso compreender *por quê*.

Buscou-se alcançar essa compreensão por meio de duas linhas investigativas que, conjugadas, compuseram o caminho percorrido, sempre ancoradas numa visão metodológica de viés interpretacionista e, portanto, construídas sob o molde de procedimentos de tipo etnográfico (OLIVEIRA, 2008, p. 2-3).

De um lado, foi realizado o levantamento bibliográfico-documental em duas frentes: a primeira delas consistente no resgate das fases de tramitação do processo legislativo que resultou na Lei nº 21/2007, com especial atenção à exposição em plenário do ministro da Justiça de Portugal e aos debates dos parlamentares entre si e com o ministro de Estado³; a segunda consistente na busca dos trabalhos acadêmico-científicos produzidos sobre a temática da mediação penal em Portugal.

Desde o final do século XX, o tema já era objeto de discussão pelo Conselho de Ministros do Conselho da Europa, constando como orientação na Recomendação R(99)19, de 15/9/1999 (COUNCIL OF EUROPE, 2000), posteriormente reforçada como diretiva a ser efetivamente implementada por seus Estados-membros por força da Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI, de 15/3/2001 (CARMO, 2010, p. 452-453; LHUILLIER, 2007; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2001). Com base nessa constatação, adotou-se como corte temporal para a

³Dados presentes nas notas taquigráficas das discussões em plenário da Reunião Plenária da Assembleia da República de Portugal realizada em 21 de fevereiro de 2007, data em que o Projeto de Lei nº 107-X, posteriormente convertido na Lei nº 21/2007, foi discutido em plenário (PORTUGAL, 2007).

coleta dos dados o intervalo compreendido entre 2000 e 2019, que permitiria, numa primeira leitura, compreender o cenário de discussão em torno da mediação penal. Utilizando as expressões *mediação penal* e *Portugal* como palavras-chave para a busca entre 1º e 10/12/2019, foram consultadas as bases de dados: da *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), na qual não foi encontrado trabalho algum; do Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), no qual foram encontrados quatro artigos; da *Journal Storage* (JStor), que não reportou resultados; da rede de Bibliotecas da Universidade de Coimbra, instituição que sedia a pesquisa, onde se encontraram dezesseis trabalhos publicados em periódicos físicos sem versão eletrônica; e, por fim, da Biblioteca do Conhecimento Online (B.On).

Na busca inicial na base de dados da B.On, foram obtidos 111 resultados; no entanto, iniciada a leitura, verificou-se que muitos tratavam de temática absolutamente diversa. Por essa razão, procedeu-se a nova busca, limitando os resultados por dois filtros: trabalhos analisados pelos pares e assunto *criminal law*. Com esses ajustes, a busca resultou em apenas cinco trabalhos, dos quais um foi prontamente excluído tão logo iniciada sua leitura, pois tratava-se não da mediação penal, mas de Direito do Trabalho e de sistema de seguridade social. Dessa última base de dados restaram, portanto, quatro trabalhos a serem de fato valorados na pesquisa.

Como se trata de pesquisa etnográfica, completou-se a investigação por meio da busca de informações concretas junto a uma parcela dos sujeitos diretamente envolvidos no desenvolvimento da mediação penal, especialmente o Ministério Público e o grupo de mediadores penais de Portugal. Essa busca de informações foi feita por meio de entrevistas e/ou da aplicação de questionários, e o contato inicial

com alguns dos órgãos ouvidos foi feito por intermédio do Observatório Permanente da Justiça (OPJ) do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

Inicialmente tentou-se estabelecer contato com quatro órgãos: a Associação de Mediadores de Conflitos⁴, o Gabinete para Resolução Alternativa de Litígios (GRAL)⁵, a Direção-Geral da Política de Justiça (DGPI) do Ministério da Justiça de Portugal e os Departamentos de Investigação e Ação Penal (DIAP) de Coimbra⁶ e de Aveiro⁷.

Firmados os contatos, prontificados os órgãos a participar da pesquisa – à exceção do DIAP de Aveiro, que não respondeu às mensagens enviadas – e conhecidas as estruturas de funcionamento desses órgãos, foram aplicados três questionários⁸, em atenção às áreas de atuação de cada um deles, por meio dos quais se pretendia não só conhecer a dinâmica de funcionamento prático da mediação penal ao longo dos anos, como também compreender as causas que levaram a seu abandono ao final da segunda década do século XXI.

Solicitou-se do GRAL que identificasse entre os mediadores penais cadastrados os que estariam dispostos a colaborar para a pesquisa, a fim de que também lhes fosse aplicado questionário estruturado próprio. Em resposta, o GRAL informou que, do total de 71 mediadores penais registrados, 7 se dispuseram a participar da pesquisa, e indicou os respectivos correios eletrônicos para contato. Foi então elaborado e encaminhado um questionário estruturado (OLIVEIRA, 2008, p. [12]) aos 7 mediadores por meio da plataforma *Google Forms*. Quatro deles responderam de fato ao questionário, percentil correspondente a 5,63% do total de mediadores cadastrados, o qual satisfaz às necessidades de uma pesquisa de viés qualitativo. Realizou-se também uma entrevista presencial conduzida por um questionário semiestruturado (OLIVEIRA, 2008, p. [12]) com a diretora de serviços do GRAL (SAN-BENTO, 2020).

A apresentação que se faz nas próximas seções resulta da compilação, comparação e interpretação dos dados levantados, ressaltando-se que,

⁴Todas as manifestações da Associação de Mediadores de Conflitos, seja em nosso contato inicial, seja na posterior resposta ao questionário encaminhado, foram feitas pela pessoa de seu vice-presidente, Bruno Caldeira.

⁵Pelo GRAL manifestou-se a sua diretora de serviços, Marta Moniz Faria Lobo San-Bento.

⁶Pelo DIAP de Coimbra manifestou-se o procurador-geral adjunto João Marques Vidal.

⁷Tentou-se estabelecer contato por meio de correspondência eletrônica com o coordenador do DIAP de Aveiro, o procurador da República Joaquim Ribeiro, mas não se obteve resposta até o fechamento deste trabalho.

⁸Nessa fase, os questionários foram enviados por correio eletrônico, respondidos e devolvidos pela mesma via, em prazo não superior a três dias, tanto pelo GRAL como pela Associação de Mediadores de Conflitos. Quanto ao questionário enviado ao DIAP de Coimbra, embora encaminhado à mesma altura, até o fechamento deste texto não tinha sido respondido, apesar de terem sido encaminhadas correspondências posteriores reiterando a solicitação.

pelos motivos já esclarecidos, não houve efetiva participação dos órgãos do Ministério Público português, o que impacta as conclusões deste trabalho.

2 Uma breve explanação sobre os números da mediação penal em Portugal ao longo de 12 anos de sua existência

A Lei nº 21/2007, que instituiu a mediação penal em Portugal, é resultado direto da Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI, de 15/3/2001 (SANTOS, 2014; CARMO, 2010), que estabeleceu o dia 22/3/2006 como data-limite para que os Estados-membros instituísem internamente suas estruturas de mediação penal (ALMEIDA, 2005, p. 391)⁹, situação acolhida já na exposição de motivos do próprio Projeto de Lei nº 107-X¹⁰ (PORTUGAL, 2006).

Não se quer dizer com isso que a temática da mediação penal e da própria justiça restaurativa como perspectivação teórica que lhe dá sustentação fosse algo pouco discutido ou conhecido até então. Longe disso: incontáveis são os trabalhos publicados sobre a temática sob a óptica do Direito Penal, do Direito Processual Penal, como também da Criminologia e da Vitimologia (SANTOS, 2014). A própria Decisão-Quadro nº 2001/220/

⁹Resultado extemporâneo, pois a lei foi aprovada pelo Parlamento português em 4/4/2007 e promulgada em 12/6/2007 – portanto, quase dezoito meses depois de expirado o prazo fixado na Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI, o que demonstra por si só a dificuldade em se implementar a temática. Aliás, o próprio Projeto de Lei nº 107-X/2006, que resultou na lei, foi apresentado ao Parlamento somente em 29/11/2006, ou seja, oito meses depois do prazo final para implementação da medida (PORTUGAL, 2006). Ainda assim, não se pode negar sua natureza de resposta e acolhimento da referida decisão.

¹⁰No mesmo sentido, Oliveira (2015, p. 73) considera esses *impulsos supraestatais* decisivos à implantação da mediação penal em Portugal.

JAI não surge abruptamente no âmbito do Conselho de Ministros da União Europeia, mas num desdobramento direto da já mencionada Recomendação R(99)19, de 15/9/1999 (CARMO, 2010, p. 453), e de uma série de manifestações supranacionais que a antecederam¹¹.

Contudo, a mediação penal até então não passava de um debate acadêmico. A partir do momento em que se fixou a necessidade de Portugal estabelecer sua estrutura de mediação penal e enquanto tramitava o Projeto de Lei nº 107-X, tornou-se uma questão *de lege ferenda*, que só alcançou efetiva força jurídica com a conversão do projeto em lei, já em 2007. Por esse motivo, a análise dos números da mediação penal em Portugal tem como corte temporal inicial a vigência dessa norma¹².

É necessário esclarecer que a Lei nº 21/2007 não se prestou apenas a entronizar o mecanismo da mediação penal como técnica de saída alternativa no arcabouço processual penal português. Mais que isso – e até mesmo tendo em conta a complexidade da medida –, tratou também de estabelecer a estrutura necessária a seu desenvolvimento, assim compreendidos os agentes responsáveis por sua realização (mediadores), os requisitos para sua habilitação, os órgãos aos quais estariam vinculados (juízes de paz

¹¹“O movimento favorável à mediação penal e a preocupação com a vítima encontram eco em vários diplomas internacionais, desde a Resolução 40/34 das Nações Unidas, de 1985, até as Recomendações R(85)11 e R(87)21 do Conselho da Europa (que abordam problemas como o da vitimização secundária), sem esquecer a Convenção Europeia Relativa à Indemnização [*sic*] de Vítimas de Infracções [*sic*] Violentas, aberta à assinatura dos estados membros do Conselho da Europa em Estrasburgo, em 24 de Novembro de 1983 (e que Portugal ratificou em 06 de março de 2000)” (ALMEIDA, 2005, p. 392).

¹²Esclarece Oliveira (2015, p. 74) que a implantação da mediação penal em Portugal somente se deu de fato a partir de 23/1/2008. Apesar disso, adota-se a data de início de vigência da lei para a análise porque entre esta (início da vigência) e aquela (efetiva implantação) realizou-se a estruturação dos organismos responsáveis pela mediação, cujo desenrolar interessa à presente investigação.

e Ministério da Justiça), sua remuneração e outras tantas questões de ordem técnica¹³.

Uma vez em vigor a Lei nº 21/2007 e construídas as estruturas necessárias a sua adoção, a mediação penal em Portugal tornou-se possível nos casos autorizados em lei, isto é, para os chamados crimes privados e semipúblicos¹⁴, desde que esteja prevista uma pena máxima não superior a cinco anos; não se trate de crime contra a autodeterminação ou liberdade sexual; não se trate de crime tipificado como peculato, corrupção ou tráfico de influência; não seja a vítima menor de 16 anos; e, por fim, não se trate de crime cujo processamento se dê sob os ritos sumário ou sumaríssimo¹⁵.

A lei significou a aplicação do recurso da mediação penal¹⁶ em exatas 803¹⁷ infrações penais ao longo do tempo, as quais são discriminadas na Tabela 1, construída com base nos dados fornecidos pelo GRAL.

Tabela 1

Casos submetidos a mediação penal em Portugal (2008-2018)

Tipo penal	Descrição do delito	Nº de casos	%
Art. 143 do CP	Ofensa à integridade física simples	433	53,9
Art. 148 do CP	Ofensa à integridade física por negligência	9	1,1
Art. 153 do CP	Ameaça	86	10,7
Art. 154, nº 4, do CP	Coacção	3	0,4
Art. 180 do CP	Difamação	10	1,3
Art. 181 do CP	Injúria	30	3,7
Art. 183 do CP	Publicidade e calúnia	1	0,1
Art. 190 do CP	Violação de domicílio ou perturbação da vida privada	6	0,8
Art. 191 do CP	Introdução em lugar vedado ao público	3	0,4
Art. 194 do CP	Violação de correspondência ou de telecomunicações	1	0,1

¹³ Com base nos requisitos estabelecidos na Lei nº 21/2007, estavam inscritos na lista do Sistema de Mediação Penal de Portugal (DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA, 2020) em dezembro de 2019 (quando a informação foi prestada pelo GRAL) 71 mediadores, dos quais 1 formado em Antropologia, 1 em Educação e Intervenção Comunitária, 1 em Engenharias das Construções Cívicas, 1 em Filosofia, 1 em Línguas e Literaturas Modernas, 7 em Psicologia, 1 em Psicologia e Direito, e 58 em Direito.

¹⁴ Equivalentes, no Brasil, aos crimes de ação penal privada e pública condicionada a representação, respectivamente.

¹⁵ Conforme estabelece o art. 2º da Lei nº 21/2007 (PORTUGAL, [2013a]).

¹⁶ Foi utilizada a expressão *aplicação do recurso da mediação penal* em alusão ao encaminhamento dos casos penais ao procedimento de mediação, sem fazer distinção no universo reportado entre os casos em que a solução do conflito foi efetivamente alcançada por essa via e os que retornaram à via tradicional.

¹⁷ O número total de casos, bem como sua discriminação por tipo de infração penal, foi fornecido diretamente pelo GRAL em 19/12/2019, após consulta formal encaminhada por correio eletrônico em meados de novembro do mesmo ano.

Tipo penal	Descrição do delito	Nº de casos	%
Art. 203 do CP	Furto simples	66	8,2
Art. 205 do CP	Abuso de confiança	28	3,5
Art. 209 do CP	Apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada	4	0,5
Art. 212 do CP	Dano	75	9,3
Art. 215 do CP	Usurpação de coisa imóvel	1	0,1
Art. 217 do CP	Burla	28	3,5
Art. 219 do CP	Burla relativa a seguros	2	0,3
Art. 220 do CP	Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços	5	0,6
Art. 221 do CP	Burla informática e nas comunicações	2	0,3
Art. 11 do Decreto-lei nº 454/1991, alterado pelo Decreto-lei nº 317/1997	Emissão de cheque sem provisão	10	1,2
Total de casos		803	100

Fonte: elaborada pelos autores.

Os números não dizem muita coisa quando simplesmente apresentados sem relação com outras informações. Qualquer análise seria superficial e qualquer conclusão ficaria desamparada de cientificidade sem a compreensão de todo o contexto, ou seja, sem verificar a curva evolutiva do número de mediações penais realizadas ao longo dos anos, por um lado, e proceder à sua comparação com o quantitativo de casos relativos aos mesmos tipos de infração submetidos ao sistema tradicional de justiça penal, por outro.

Nesse sentido, é necessário realizar um primeiro exercício: voltar o olhar para os dados referentes à evolução do número de casos penais encaminhados para a tentativa de solução por meio da mediação penal ao longo dos anos. Nesse ponto, deparamo-nos com um primeiro obstáculo, visto que se encontram incompletos os dados disponíveis no sítio eletrônico da DGPJ, mais especificamente o já mencionado informativo *Estatísticas da Justiça*.¹⁸

Na tentativa de preencher esses *claros*, recorreu-se aos dados informados por Cristina Rego de Oliveira em trabalho publicado em 2015. Ainda assim, nem todas as informações puderam ser resgatadas, o que não comprometeria

¹⁸ Em 4/4/2020, solicitou-se à DGPJ, por meio da plataforma eletrônica do órgão, o fornecimento dos dados faltantes. Já em 7/4/2020, a solicitação foi respondida pelo diretor do órgão por meio de correio eletrônico. A resposta, no entanto, não se deu no sentido de fornecer os dados solicitados, e sim no de esclarecer, por um lado, que a DGPJ não dispunha dos dados anteriores ao ano de 2015, uma vez que somente a partir desse ano tais dados passaram a ser coletados pelas estatísticas da Justiça; por outro lado, mesmo em relação ao intervalo temporal de 2015 a 2018, informou a DGPJ não ser possível o fornecimento dos dados por força do *segredo estatístico* previsto no art. 6º da Lei nº 22/2008, porque o número de processos seria inferior a três. Não havia alternativa a não ser acatar a decisão, apesar de equivocada. Como foram solicitados apenas números, sem qualquer relação a dados dos envolvidos nos casos processuais, as informações não comprometeriam o sigilo de identidade. Vale lembrar que o conhecimento de dados estatísticos é essencial à formulação, adaptação e reorientação, quando necessário, de qualquer política pública.

a análise; em verdade, contribui para uma boa compreensão do cenário de desenvolvimento da mediação penal em Portugal e dos passos que foram dados rumo ao atual estágio.

A Tabela 2 apresenta as informações referentes à movimentação dos processos de mediação em Portugal no período compreendido entre 2008 e 2018, classificando-os como processos entrados, findos e pendentes em cada ano.

Tabela 2

Movimento de processos¹⁹ de mediação penal^{20 21} em Portugal (2008-2018)

Ano	Pendentes em 1º de janeiro	Entrados	Findos	Pendentes em 31 de dezembro
2008	0	95	30	S/I
2009	S/I	224	87	S/I
2010	S/I	261	158	S/I
2011	S/I	90	85	S/I
2012	S/I	65	S/I	S/I
2013	S/I	23	S/I	S/I
2014	S/I	5	5	S/I
2015	S/I	33	28	5
2016	5	4	8	S/I
2017	0	0	0	S/I
2018	0	0	0	0

Fonte: elaborada pelos autores.

A Tabela 3 contém as informações referentes ao desfecho dos casos submetidos a mediação penal dentro do mesmo corte temporal (2008-2018) e classifica-os conforme o modo como chegaram a termo: findos por acordo, findos em pré-mediação (sem assinatura do protocolo de mediação), findos sem acordo (nos casos em que o conflito deva ser abordado por outra forma de intervenção/tratamento) e findos sem acordo por desistência de qualquer das partes. Cumpre esclarecer que, se a Tabela 3 tivesse sido alimentada com todo o conjunto de dados solicitados ao DGPJ, seria possível uma visão mais clara sobre os graus de sucesso e insucesso da mediação penal²².

¹⁹ Os processos de mediação pública correspondem ao universo de pedidos de mediação com origem na autoridade judiciária ou nas partes, após ambas consentirem na submissão do conflito à mediação.

²⁰ Os dados referentes aos anos de 2015 a 2018 foram extraídos diretamente do informativo *Estatísticas da Justiça*, da Direção-Geral da Política de Justiça ([2019a]). Por sua vez, os dados referentes ao período de 2008 a 2014 foram extraídos de Oliveira (2015, p. 83).

²¹ S/I significa *sem informações* ou *informações não obtidas*.

Tabela 3

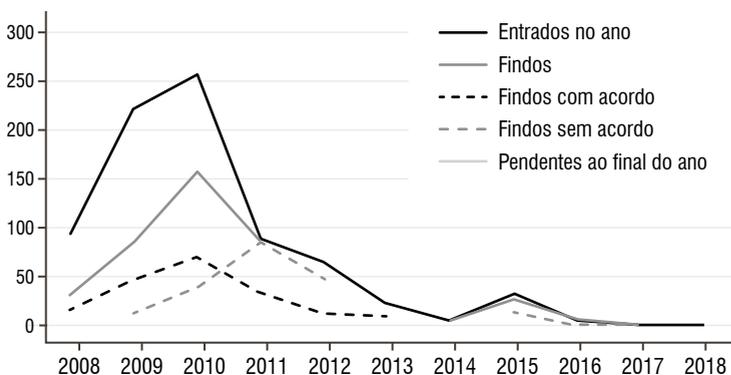
Classificação dos casos de mediação penal em Portugal (2008-2018)

Ano	Findos por acordo	Pré-mediação – Sem assinatura do protocolo de mediação	Sem acordo – Conflito que deva ser abordado por outra forma de intervenção / tratamento	Sem acordo – Desistência	Total
2008	16	S/I	14	S/I	S/I
2009	47	S/I	40	S/I	S/I
2010	71	S/I	87	S/I	S/I
2011	35	S/I	50	S/I	S/I
2012	14	S/I	S/I	S/I	S/I
2013	10	S/I	S/I	S/I	S/I
2014	S/I	S/I	S/I	S/I	S/I
2015	14	87	S/I	S/I	S/I
2016	0	8	S/I	S/I	S/I
2017	0	0	0	0	0
2018	0	0	0	0	0

Fonte: elaborada pelos autores.

Gráfico

Evolução dos casos de mediação penal em Portugal (2008-2018)



Fonte: elaborado pelos autores.

²² É bem verdade que os dados levantados permitem uma compreensão ainda que indiciária sobre o desenvolvimento do instituto e, em correlação com outros dados coletados durante a investigação, o alcance de algumas conclusões que serão apresentadas oportunamente no texto. Contudo, sempre é bom esclarecer que se tivessem sido disponibilizados dados mais completos, o caminho investigativo poderia ter sido trilhado mais tranquilamente.

Analisando detidamente tanto os números indicados nas Tabelas quanto o Gráfico que os reflete, causa espécie a verificação de que, paulatinamente ao longo dos últimos anos desta década, foi sendo deixado de lado o recurso à mediação penal como forma de solução de conflitos, até que em 2017 foi abandonado por completo. Desde então, embora a estrutura necessária ao desenvolvimento da mediação penal continue a existir, com mediadores devidamente cadastrados como ativos no Ministério da Justiça, o sistema de mediação penal segue inoperante ou, nas palavras da diretora de serviços do GRAL, “praticamente letárgico”²³.

Em contrapartida, ao se examinarem os dados relativos ao número de casos julgados pelo sistema tradicional de justiça penal²⁴ – e esse é o segundo exercício necessário –, a estranheza se mostra ainda maior porque, embora seja possível identificar uma sensível redução de casos ao longo dos anos, em relação à maioria dos delitos os números absolutos continuam elevados, destoando totalmente do movimento de esvaziamento que se verificou em relação à mediação penal.

Tabela 4

Processos-crime em fase de julgamento findos nos Tribunais Judiciais de 1ª Instância, por alguns tipos de crime (2008 a 2018)²⁵

Tipo penal	Descrição do delito	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Δ 08-18
Art. 143 do CP	Ofensa à integridade física simples	11.795	9.910	9.422	9.239	8.792	8.400	6.220	6.716	6.322	5.810	5.263	-6.532
Art. 148 do CP	Ofensa à integridade física por negligência	947	857	682	619	568	553	439	467	395	375	368	-579

²³ Em entrevista realizada no dia 4/2/2020, indagada se teria ocorrido alguma falha de comunicação ou identificação dos objetivos e metodologia da mediação penal logo que se aprovou a lei e se iniciou a sua realização, a diretora de serviços do GRAL respondeu: “Esta questão de ter havido uma falha de comunicação ao início, penso que está afastada. Por quê? Porque os números mostram que ao início houve dinamização da questão da mediação penal. O que aconteceu foi que ao longo do tempo isto foi se perdendo até que hoje em dia temos aqui um sistema praticamente letárgico”. E noutro momento da entrevista, questionada se os mediadores teriam sido dispensados, respondeu que “o que acontece é que os mediadores existem, agora, há muito tempo que não desenvolvem funções, a maior parte deles” (SAN-BENTO, 2020).

²⁴ O levantamento em questão levou em conta apenas os dados referentes aos mesmos tipos penais também submetidos ao sistema de mediação penal, desconsiderados, portanto, todos os demais crimes processados e julgados no período que não se enquadravam nas hipóteses da Lei nº 21/2007. Além disso, limitou-se ao levantamento dos casos findos em fase de julgamento perante os órgãos de 1ª instância.

²⁵ Os dados apresentados foram informados diretamente pela DGPJ por meio de correio eletrônico em atenção à solicitação formulada pelos autores.

Tipo penal	Descrição do delito	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Δ 08-18
Art. 153 do CP	Ameaça	2.491	2.159	1.969	2.113	2.129	1.938	1.498	1.754	1.833	1.677	1.438	-1.053
Art. 154 do CP	Coacção ²⁶	290	277	269	304	324	350	258	281	421	382	304	+14
Art. 180 do CP	Difamação	988	856	800	797	749	689	519	677	660	640	578	-410
Art. 181 do CP	Injúria	2.464	2.077	1.969	1.860	1.818	1.697	1.296	1.412	1.414	1.318	1.158	-1.306
Art. 183 do CP	Publicidade e calúnia	18	7	10	10	11	12	14	21	15	19	14	-4
Arts. 190 e 191 do CP ²⁷	Violação de domicílio ou perturbação da vida privada / Introdução em lugar vedado ao público	317	275	246	254	266	289	223	251	240	237	178	-139
Art. 194 do CP	Violação de correspondência ou de telecomunicações	15	12	11	9	7	10	10	8	8	5	6	-9
Art. 203 do CP	Furto simples	4.326	4.036	3.934	4.104	4.270	3.883	2.661	2.991	2.831	2.660	2.472	-1.854
Art. 205 do CP	Abuso de confiança	1.021	826	868	885	968	955	743	848	844	844	648	-373
Art. 209 do CP	Apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada	57	71	58	60	68	80	63	72	103	104	110	+53
Art. 212 do CP	Dano	1.612	1.396	1.230	1.279	1.342	1.223	932	967	961	904	727	-885
Art. 215 do CP	Usurpação de coisa imóvel	13	9	16	14	9	9	5	5	10	5	4	-9
Art. 217 do CP	Burla	710	603	586	620	700	799	692	917	1.025	1.132	1.029	319
Art. 219 do CP	Burla relativa a seguros	12	7	6	10	6	4	4	4	4	6	1	-11
Art. 220 do CP	Burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços	158	111	80	68	60	90	48	47	51	48	37	-121
Art. 221 do CP	Burla informática e nas comunicações	147	148	143	200	260	321	245	310	285	304	236	+89

²⁶ Redação conforme as regras ortográficas utilizadas em Portugal, aqui adotada para maior fidelidade à base de dados consultada.

²⁷ As informações referentes aos dois tipos penais foram fornecidas em conjunto pela DGPJ, não sendo possível indicá-las separadamente.

Tipo penal	Descrição do delito	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Δ 08-18
Art. 11 do Decreto-lei nº 454/1991, alterado pelo Decreto-lei nº 317/1997	Emissão de cheque sem provisão	3.755	2.211	1.921	1.826	1.439	1.734	774	637	412	385	238	-3.517
Total de casos segundo a DGPJ ²⁸		30.189	24.991	23.538	23.632	23.218	22.486	16.205	17.921	17.442	16.490	14.457	
Total de casos segundo somatório feito pelos autores		31.136	25.848	24.220	24.251	23.786	23.036	16.644	18.385	17.834	16.855	14.809	

Fonte: elaborada pelos autores.

Obviamente, tratando-se a mediação penal – ancorada numa teorização de justiça restaurativa – de uma metodologia de solução de conflitos que pode ser considerada *nova* ou *recente* em Portugal, ainda mais quando comparada a séculos de um modelo penal de base retributivo-punitiva²⁹, não se poderia esperar uma adesão substancial por parte dos sujeitos processuais³⁰ logo nos momentos seguintes à sua implantação. No entanto, era de se esperar que, vencidos esses anos iniciais, os números referentes ao recurso à mediação penal estivessem a crescer ao se considerar tanto o comportamento esperado dos sujeitos ao tomar contato com a técnica quanto a estratégia adotada pelo Estado de dar início às atividades de mediação penal em algumas poucas localidades por meio de projeto-piloto e paulatinamente ir estendendo a medida para outras regiões, conforme foi determinado pelo ministro da Justiça de Portugal nos termos da Portaria nº 68-C, de 22/1/2008 (PORTUGAL, [2013b])³¹.

²⁸ Como já mencionado, na base de dados enviada pela DGPJ verificaram-se algumas inconsistências que se evidenciam nesta tabela, já que o total de casos informados não corresponde ao somatório dos casos em cada ano. Em respeito à informação oficial prestada pela DGPJ, optou-se por registrá-la e, logo abaixo, o total correto.

²⁹ Sobre isso, é interessante recordar o esclarecimento de Campanário (2013, p. 121): “[é] marcante a diferença entre as duas propostas, o que nos possibilita entender o propósito da justiça restaurativa como tendo por objectivo a prevenção, envolvendo ambos, agressor e ofendido no processo de tomada de consciência e responsabilização dos actos envolvidos com o intuito final de resolução de conflitos com enorme impacto social. Mas afinal o que é a justiça restaurativa? Ela é uma corrente relativamente recente nas áreas da vitimologia e da criminologia. Surgida em meados da década de 1970, nasce associada à proclamação do fracasso da denominada justiça retributiva, incapaz de dar respostas adequadas ao crime e às problemáticas específicas de vítimas e infratores. O sistema de justiça criminal tradicional concebe e encara o crime – o acto criminoso – como um conflito entre o Estado (ou o sistema formal de justiça criminal) e o infractor – o autor do crime. Tem uma natureza retributiva, na medida em que as suas respostas se centram no acto criminoso, por isso é formalmente legalista”.

³⁰ Por sujeitos processuais há que se considerar tanto os agentes públicos diretamente envolvidos na condução do processo penal judicial (os juízes e membros do Ministério Público), como também os advogados (tanto os defensores públicos como os particulares) e os próprios sujeitos ativo e passivo do Direito Penal (autor do fato e vítima) (SILVA, 2019a).

Não é isso, porém, que se apreende dos números da mediação penal em Portugal, pois, alcançado o pico de novos casos enviados à mediação em 2010, conforme se vê no Gráfico, iniciou-se desde então a redução vertiginosa de casos, que culminou no total abandono do modelo a partir de 2017. Em contrapartida, o sistema tradicional de justiça criminal português não experimentou grandes variações no mesmo intervalo temporal, o que demonstra que a instituição da mediação penal em nada alterou sua estrutura de funcionamento.

3 Algumas respostas, mas nem tantas...

Os dados estatísticos levantados e apresentados no tópico anterior não deixam dúvidas sobre um fato: a mediação penal não encontrou terreno fértil em Portugal. Ou melhor, os dados referentes ao triênio imediatamente posterior à aprovação da Lei nº 21/2007 indiciam que num primeiro momento o terreno até poderia estar fértil, mas algo aconteceu (ou não aconteceu) no meio do caminho que levou à sua desoxigenação e ao conseqüente abandono precoce da prática da mediação penal, de tal modo que o sistema acabou por entrar, na expressão utilizada pela diretora de serviços do GRAL, em *estado letárgico* (SAN-BENTO, 2020).

Apresentadas as informações referentes ao *estado da arte* da mediação penal em Portugal ao final de 2018, passa-se a identificar as causas ou pelo menos algumas das causas do que se constatou. Essa tarefa retoma o título deste ensaio, que busca a compreensão do *meio* e identificação do *fim* (compreendido como finalidade) ou mesmo se estaria no *fim* (em extinção) a mediação penal em Portugal.

Como já explicitado, a tentativa de identificação das causas do atual estado de absoluto abandono da mediação penal em Portugal realizou-se por procedimentos metodológicos específicos: a aplicação de questionários ao vice-presidente da Associação de Mediadores de Conflitos, aos mediadores penais cadastrados no Ministério da Justiça de Portugal e à diretora de serviços do GRAL, que também foi pessoalmente entrevistada.

Entre todas as questões apresentadas à Associação de Mediadores de Conflitos (na pessoa de seu vice-presidente), uma em especial pode auxiliar a compreender o que ocorreu (ou deixou de ocorrer) em Portugal.

³¹ “Em Portugal a mediação penal, tal qual contemplada na lei, existe [...] desde 2008, em período experimental, conforme nº 1 do art. 14 da lei, nas comarcas definidas pela Portaria nº 68-C/2008, de 22 de janeiro pelo Ministro da Justiça nas comarcas de Porto, Aveiro, Oliveira do Bairro e Seixal. Tendo, posteriormente, sido alargado às comarcas do Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Loures, Moita, Montijo, Santa Maria da Feira, Seixal, Setúbal e Vila Nova de Gaia e ainda nas comarcas-piloto de Alentejo Litoral, Baixo Vouga e grande Lisboa Noroeste” (CAMPANÁRIO, 2013, p. 119).

Questionado sobre os parâmetros para a definição dos casos encaminhados à mediação penal, respondeu-nos que “os processos são encaminhados pelo Ministério Público, tendo como referência o que está previsto na lei, mas não havendo obrigatoriedade de o fazer” e que “o Ministério Público controla o encaminhamento para a Mediação Penal”³². Inicialmente, essa resposta não parecia relevante ou mesmo ensejadora de qualquer desdobramento, até que, aplicados os questionários aos mediadores penais de Portugal, encontrou-se ressonância nas respostas a três das 32 perguntas feitas ao grupo – as três que se destinavam à tentativa de identificação das causas da diminuição do recurso à mediação penal na perspectiva dos mediadores penais³³.

A primeira delas indagava *em que momento o mediador se apercebeu da diminuição dos casos encaminhados para mediação penal*³⁴. A ela, um dos mediadores ouvidos respondeu que “de um momento para o outro deixaram de ser enviados processos”; outro disse que “um ano depois de implementado o sistema (eu fiz parte do primeiro grupo de mediadores penais)”; o terceiro mediador ouvido disse que “cerca de três anos após a entrada em vigor”, acrescentando em sua resposta motivadores como “falta de empenho do Ministério da Justiça e Ministério Público para dinamizar a Mediação Penal em Portugal e inexplicável previsão legal da mediação penal em todo país mantendo há anos as comarcas experimentais”; já o quarto mediador ouvido respondeu que “desde o início!”.

A segunda pergunta objetivou saber dos entrevistados se *houve alguma forma de comu-*

*nicação ao mediador por parte dos órgãos oficiais noticiando a diminuição dos casos encaminhados*³⁵. Três dos entrevistados responderam não ter havido qualquer comunicação do Ministério Público nem do Ministério da Justiça. Por sua vez, o quarto entrevistado afirmou ter sido comunicado, consignando, no entanto, que “os órgãos de coordenação do Ministério da Justiça não têm dinamizado reunião entre mediadores”.

Por fim, a terceira das perguntas conexas prestou-se a verificar *qual(is) teria(m) sido, em sua visão, o(s) motivo(s) da paulatina diminuição dos casos encaminhados para a mediação penal*³⁶. Tratando-se de um questionamento eminentemente pessoal, reflexo das experiências concretas e individuais dos entrevistados, as respostas foram um pouco mais variadas. À exceção de um dos entrevistados que afirmou jamais ter percebido³⁷, os demais apresentaram seus diagnósticos pessoais: um creditava o fato à “falta de divulgação do sistema e pouca vontade por parte do Ministério Público em encaminha [sic] os processos”; outro afirmou ser efeito da “falta de dinamização das praticas [sic] de Mediação Penal no Ministério Público e Ministério da Justiça na comunidade com a previsão legal da aplicabilidade do sistema em todo território português”; e o último, que se devia à “pouca sensibilização e a [sic] figura da suspensão provisória do processo”.

É interessante notar que as manifestações dos mediadores se aproximam muito do que também o GRAL identificou – ainda que indiciariamente – como uma das causas do declínio do recurso à mediação penal em Portugal: a dependência do Ministério Público (e sua crença

³² O arquivo original do questionário aplicado encontra-se em poder da equipe responsável pela realização da pesquisa.

³³ No modelo de questionário aplicado aos mediadores, composto por 32 questões, foram as questões 29 a 31.

³⁴ Questão nº 29 do questionário aplicado aos mediadores penais.

³⁵ Questão nº 30 do questionário aplicado aos mediadores penais.

³⁶ Questão nº 31 do questionário aplicado aos mediadores penais.

³⁷ Esclareça-se, em especial ao leitor brasileiro, que a expressão *perceber* é empregada cotidianamente em Portugal com sentido próximo a *compreender, entender*.

ou boa vontade) como órgão responsável pelo encaminhamento dos casos à mediação. Ou pelo menos é o que sugere a resposta da diretora de serviços na entrevista pessoal realizada:

tem a ver com o seguinte: da forma como a lei concebeu o nosso sistema, a iniciativa do Ministério Público é determinante. É determinante! Claro que nós quando não temos o Ministério Público, temos a iniciativa conjunta de arguido e ofendido, mas isto nunca acontece.

Pronto, estamos aqui muito dependentes do Ministério Público, e o que nos parece é que o Ministério Público ou não acredita, ou deixou de acreditar na mediação penal (SAN-BENTO, 2020).

De fato, embora a Lei nº 21/2007 autorize às partes (vítima e infrator) solicitarem diretamente o encaminhamento do caso à mediação penal, no modelo legalmente delineado em Portugal o principal responsável por tal encaminhamento é, na teoria e na prática, o membro do Ministério Público – o que é um gargalo no desenvolvimento da mediação penal. Assim consta desde o desenho inicial do projeto de lei, fortemente defendido pelo então ministro da Justiça, Alberto Costa, quando o apresentou em plenário:

Ao contrário daquelas experiências em que a mediação penal está desligada do sistema formal, na proposta do Governo está previsto um importante papel para o Ministério Público, dado que é na fase do inquérito que nos situamos.

Assim, é ao Ministério Público que fica confiada a selecção dos casos em que as finalidades preventivas podem ser adequadamente prosseguidas através da mediação, a qual, obviamente, só tem lugar se a vítima concordar.

É o Ministério Público que encaminha os processos para a mediação e que determina o momento adequado para esse encaminhamento, é o Ministério Público que controla a conformidade do acordo alcançado com a lei (PORTUGAL, 2007, p. 45).

Em trabalho publicado em 2007, João Conde Correia identificou o Ministério Público como um dos principais atores da mediação penal, o que, a nosso ver, já servia como um farol a indicar o destino já traçado da mediação penal ou, no mínimo, sinalizá-lo:

O Ministério Público será, sem dúvida, um dos principais actores da mediação penal e, certamente, aquele que mais irá contribuir para o sucesso ou insucesso da medida. Desde logo, porque, na generalidade dos casos, será dele o impulso inicial da remessa dos autos para a mediação penal (art. 3º, nº 1) e porque, mesmo quando ela é pedida pelo ofendido e pelo arguido, compete-lhe fiscalizar a verificação dos respectivos pressupostos formais e materiais (art. 3º, nº 2). Depois, porque, para além deste impulso

inicial, também será dele o juízo final sobre a bondade do resultado aí alcançado (art. 5º, nº 5). Em ambos os casos (impulso oficial ou resultado final) impende, por isso, sobre o magistrado do Ministério Público uma difícil tarefa de avaliação, de ponderação e de decisão: ele está no princípio e no fim da mediação penal. Só as estratégias adotadas com vista à obtenção de um acordo satisfatório para todos os intervenientes escapam ao seu juízo decisório (CORREIA, 2007, p. 57).

Em síntese, o Ministério Público fora elevado à posição de figura-chave para o desenvolvimento da mediação penal em Portugal, já que pela Lei nº 21/2007 compete a seus membros proceder à alimentação do sistema de mediação, remetendo aos mediadores penais os casos penais que em sua visão podem ser mais bem solucionados por essa via que por meio da estrutura processual penal tradicional. Nesse contexto, se os membros do Ministério Público deixam de cumprir tal tarefa, ocorre o que de fato se tem verificado em Portugal: o sistema de mediação penal encontra-se em vias de morrer por inanição.

A questão que persiste ainda por responder é exatamente o *porquê* disso.

4 Algumas respostas e ainda mais perguntas...

Como se mencionou, o Ministério Público foi instituído como figura-chave para o desenvolvimento da mediação penal em Portugal, seguramente ladeando em grau de importância com os próprios agentes diretos da mediação. Embora os mediadores estejam na *linha de frente*, conduzindo os envolvidos (vítima e autor do fato) na busca de solução para o conflito, dentro dos marcos fixados pela teoria da justiça restaurativa cabe ao Ministério Público a filtragem primeira dos casos que serão encaminhados para a mediação. Desse modo, se a mediação penal pode e deve ser compreendida como uma saída alternativa – uma forma alternativa de resolução de conflitos em um modelo multiportas³⁸ –, pode-se dizer que os membros do Ministério Público são ao mesmo tempo os *detentores das chaves* e os *guardiães das portas*, cabendo a eles abrir e fechar o acesso a cada uma das vias possíveis de solução de conflitos no campo penal: o modelo tradicional de justiça penal jurisdicionalizada ou o modelo de mediação penal.

Retomando tanto a fala do então ministro da Justiça como a de João Conde Correia, parece-nos que se enxergou ou pelo menos se procurou

³⁸ Esclarece Scarparo (2018, p. 68) que “a chamada Justiça Multiportas pressupõe a ideia de que as diferentes interações litigiosas podem ser resolvidas sob o albergue do direito por métodos variados. Nesse caminho, há a autotutela, métodos autocompositivos e métodos heterocompositivos”.

enxergar a atuação do Ministério Público em relação ao funcionamento da mediação penal sob as lentes propostas por Dias (2013): as do Ministério Público como *porta de entrada para cidadania*³⁹. O problema é que o trilhar de tal caminho – compreender o Ministério Público como porta de entrada para a cidadania e como guardião do acesso ao sistema de mediação penal – não se dá pelo simples desejo ou pelo mero dizer, ainda que se trate do desejo ou do dizer do legislador. Além de uma *carta de intenções*, exigem-se mudanças profundas tanto de ordem material quanto de ordem comportamental ou de mentalidade e, ao que parece – e com fundamento nas bases de dados a que se teve acesso⁴⁰ –, o Estado português não atuou com a eficiência⁴¹ necessária.

Em primeiro plano, no que diz respeito às mudanças de ordem material, é necessário pontuar que se está a falar especificamente de mudanças em relação ao Ministério Público, ou melhor, às ferramentas que lhe são disponibilizadas para o desempenho da função. Quanto a esse ponto, a diretora de serviços do GRAL relatou que o órgão também está a desenvolver estudos a fim de identificar as causas da falha no sistema de mediação penal e que, no processo, entrou em contato com o Conselho Superior do Ministério Público solicitando que a Procuradoria-Geral da República lhe indicasse membros que pudessem funcionar como *interlocutores privilegiados* que, tendo experiência com o sistema de mediação penal, pudessem contribuir para a identificação de problemas.

³⁹ Nas palavras de Dias (2013, p. 159), “[o] Ministério Público é – analisando o seu estatuto, identidade e prática profissional – um ator crucial no sistema de acesso ao direito e à justiça, intervindo nos mais variados domínios. [...] A descrição da atuação do Ministério Público nas diferentes áreas jurídicas permite concluir que as funções assumidas por seus magistrados vão muito para além das competências legais que lhes estão cometidas por lei. Ainda que seja um dever fundamental ‘servir’ o cidadão, ao magistrado do Ministério Público exige-se que funcione como interface do sistema, estando ao mesmo tempo dentro e fora do poder judicial, entre os diversos atores que atuam no sistema, sejam eles institucionais, públicos ou privados, associativos ou meramente cidadãos à procura de ‘justiça’. As características que envolvem a sua atuação como interface passam pela: capacidade de intervir informalmente logo numa fase inicial de procura dos cidadãos, através do serviço de atendimento ao público; prestação de informações jurídicas adequadas, mesmo através da consulta jurídica, podendo ainda aconselhar os cidadãos a avançar com um processo judicial ou até patrociná-lo, se for adequado legalmente; convocação das partes em conflito, procurando efetuar procedimentos conciliatórios ou de mediação num momento pré-judicial; transmissão de informação sobre a existência de outras entidades mais adequadas ou convocando outros atores com maior responsabilidade/capacidade para lidar com a situação; promoção da articulação entre as diversas entidades ou atores que podem contribuir para uma melhor e mais célere resolução dos problemas apresentados pelos cidadãos”.

⁴⁰ Mais uma vez cumpre lembrar que, embora se tenha buscado estabelecer contatos voltados à coleta de dados com o Ministério Público, especificamente com o DIAP de Coimbra e o de Aveiro, as tentativas terminaram frustradas. Por essa razão, as considerações apresentadas consolidam reflexões e conclusões obtidas com fundamento nas demais bases de dados utilizadas na investigação, com especial atenção às respostas do GRAL à entrevista realizada com sua diretora de serviços e aos artigos científicos obtidos nas consultas.

⁴¹ A expressão *eficiência* é aqui empregada em conformidade com os esclarecimentos semânticos de Guerra (2016, p. 125-129), não podendo, portanto, ser confundida com *eficácia* ou mesmo *efetividade*, expressões que diuturnamente são empregadas de modo equivocado como sinônimas.

Em seu relato, a diretora de serviços do GRAL informou ter-se deparado inicialmente com um fator complicador da investigação: a limitada experiência de membros do Ministério Público com a experiência em mediação penal, seja porque poucos têm alguma experiência, seja porque, mesmo entre os que a detêm, ela se revela diminuta.

Além disso, segundo a entrevistada, todos os membros do Ministério Público que ela ouviu na condição de interlocutores ter-se-iam queixado da falta de formação em mediação penal, tanto pela ausência de cursos de formação específicos como pela falta de formação “mesmo ao nível da Escola da Magistratura”⁴², o que faz a maioria deles não conhecer o sistema de mediação penal nem saber como ele funciona. Esse fato, por si só, já é um desafio abissal à implementação da agenda da mediação penal em Portugal (SAN-BENTO, 2020)⁴³. Afinal, como exigir que os membros do Ministério Público assumam a função que lhes é determinada pela Lei nº 21/2007 se nem sequer lhes é dado conhecer e, principalmente, compreender a teoria e a práxis do sistema de mediação penal?

O outro problema por ela identificado nas falas dos interlocutores ouvidos seria de ordem instrumental: a plataforma eletrônica por meio da qual se alimenta e se procede à gestão do sistema de mediação penal encontra-se obsoleta, pois é a mesma desenvolvida quando da implantação da mediação penal em Portugal, não tendo passado pelas necessárias atualizações e adequações ao longo de todo esse período. Além disso, essa plataforma não está conectada à plataforma eletrônica de gestão processual mais diretamente utilizada pelos membros do Ministério Público (SAN-BENTO, 2020).

⁴² Expressão literal utilizada pela entrevistada.

⁴³ Mais uma vez, ressalte-se que o arquivo original do questionário aplicado se encontra em poder da equipe responsável pela realização da pesquisa.

Consequentemente, o simples ato de retirar um caso do sistema tradicional e remetê-lo ao sistema de mediação penal demandaria muito mais tempo e dedicação do agente público, o que acabaria por gerar um sentimento de desmotivação.

Contudo, a questão instrumental parece ser o menor dos problemas, seja porque se trata de uma questão meramente operacional, seja porque, de acordo com a diretora de serviços do GRAL, a DGPJ já estaria a trabalhar na criação de uma nova plataforma informatizada que abarcaria todos os sistemas públicos de mediação – familiar, laboral e penal. Quando pronta, essa plataforma estaria conectada às demais necessidades dos órgãos públicos envolvidos (SAN-BENTO, 2020), o que faz com que esse problema, por si só o menos importante, esteja já em vias de solução.

Por outro lado, o primeiro dos problemas aqui mencionados – o do desconhecimento por parte dos membros do Ministério Público sobre as questões mais elementares⁴⁴ do sistema de mediação penal – é uma questão de *mudança de ordem material* que não se operou e que acaba por desaguar em outra mudança igualmente não operada: a mudança de ordem comportamental ou de mentalidade. Essa posição dos membros do Ministério Público acerca do instituto da mediação penal é assim identificada por Dias (2013, p. 118):

a grande maioria dos magistrados do Ministério Público [por ele] contactados não tem uma opinião favorável sobre o funcionamento destes mecanismos em termos gerais nem é defensora da sua existência por considerar que desempenha uma função para a qual o MP está mais habilitado e que se enquadra dentro das suas competências.

⁴⁴ Não se trata aqui da disposição legislativa sobre a mediação, mas de seus elementos filosóficos e ideológicos estruturantes.

Constata-se, pois, que aos membros do Ministério Público não foi dado conhecer de modo adequado o instituto da mediação penal e as teorias da justiça restaurativa que lhe servem de base, por não haver a formação necessária para muni-los de tal conhecimento nem no nível horizontalizado e, menos ainda, no verticalizado. E, se não conhecem, não compreendem suas bases fundantes e técnicas de funcionamento. Consequente e inevitavelmente, por não conhecerem, acabam por presumir – com base no que conhecem, isto é, no modelo tradicional de justiça penal – que estão mais habilitados que os mediadores, como se a atuação deles estivesse a invadir suas esferas de competência.

É bem verdade que se tem notado mais recentemente o surgimento em Portugal de algumas vozes defensoras de um processo penal reestruturado como “um sistema argumentativo, capaz de propiciar um diálogo livre e em condições de igualdade, de forma que cada uma das partes possa defender os seus interesses e dar o seu contributo para a decisão” (CORREIA, 2007, p. 64). Essas vozes têm seu gérmen no movimento de reedificação da legislação processual penal iniciado em 1987 – como a edição do Código de Processo Penal português, que veio a substituir o Código de 1927 (ANTUNES, 2017, p. 20-21) –, mas tornaram-se mais fortes e audíveis no contexto das reformas de 2006 (GOMES; LOPES, 2009, p. 30).

Os defensores da reestruturação da legislação processual não se limitam à discussão de modificações dentro do modelo tradicional de justiça que se alinham perfeitamente também à busca por saídas alternativas e primem pela participação direta dos afetados como exigência própria de Estados democráticos. Eles compreendem ser impensável segregar e imunizar qualquer campo aos clamores democráticos. Nesse sentido, já há algum tempo, Santos (2011, p. 69) sustenta que “a função da prática e do

pensamento emancipadores consiste em ampliar o espectro do possível através da experimentação e da reflexão acerca de alternativas que representem formas de sociedades mais justas”, arrematando na sequência que “[a] luta democrática é, antes de mais, a luta pela construção de alternativas democráticas”.

O movimento de renovação, diga-se de passagem, não é exclusivo de Portugal: faz parte de uma mudança paradigmática maior que tem sido intentada em boa parte do mundo ocidental, orientada pela ideia-base da “existência de um nexos indissolúvel entre garantias dos direitos fundamentais, divisão de poderes e democracia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal de determinado Estado” (PRADO, 1999, p. 15). Foi exatamente na linha condutora dessa nova matriz paradigmática que se pôs em perspectiva não só a mediação penal em Portugal como também a nova identidade do Ministério Público – de que fala Dias (2013) e aqui já mencionada –, indispensável ao sucesso daquela.

A análise final dos dados levantados ao longo da investigação sugere que o problema – talvez o maior problema – foi a força demonstrada no plano legislativo pela *agenda política* em prol da mediação penal⁴⁵ não se ter convertido numa atividade igualmente forte de implementação. Não se está com isso a desdenhar dos esforços feitos – e aqui já apresentados – para a construção do aparato necessário ao desenvolvimento da mediação penal. O que se está a dizer é que não foram envidados todos os esforços necessários à formação e convencimento dos sujeitos mais determinantes para o sucesso da mediação penal – e não só da mediação penal, mas de toda

⁴⁵ O projeto de lei apresentado pelo Executivo foi aprovado em poucos meses pela Assembleia da República de Portugal, e poucas foram as críticas sofridas durante sua tramitação, apesar de ter sido submetido extemporaneamente, quando já expirado o prazo final assinalado na Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI.

e qualquer proposta de reedificação da estrutura processual penal –, que são os membros do Ministério Público.

Como bem lembra Moreira (2019, p. 117) ao analisar os esforços enviados por outro Estado, o Uruguai, para promover reforma substancial em seu sistema de justiça penal, “[a] mudança legislativa é apenas um (necessário) começo, mas não um fim em si mesma, pois ela não basta. Sem esta visão, torna-se impossível que Magistrados, membros do Ministério Público e Defensores assumam as novas funções exigidas pela reforma de um código”.

Em Portugal, não é a primeira vez que encontra barreiras de implementação a tentativa de superação do perfil punitivista como única via possível do sistema penal. O mesmo se deu em relação ao arquivamento em caso de dispensa de pena e de suspensão provisória do processo. Como recorda Correia (2007, p. 65), “esta lógica não foi bem compreendida por alguma doutrina e foi esquecida pela jurisprudência, convertendo aqueles institutos numa raridade processual”. Também naquela ocasião, a despeito da então novel previsão legal *revolucionária*⁴⁶, “[a] manutenção das rotinas e das mentalidades impediu a esperada revolução e contribuiu para uma espécie de contra-revolução silenciosa, concretizada pela permanente omissão dos dispositivos legais. [...] Mudou a lei, mas a prática ficou igual” (CORREIA, 2007, p. 65).

Diferentemente do que ocorre quando se trata apenas de alterações legislativas pontuais, que estabelecem sutis modificações no rito processual – elevam ou reduzem a pena deste ou daquele tipo penal, por exemplo – e mantêm incólume a matriz estruturante do sistema de justiça, as mudanças são mais facilmente absorvidas pelos sujeitos processuais. Afinal, conseguem enxergá-las à luz da visão de mundo jurídico e da capacitação que já têm. Completamente diverso, no entanto, é o que ocorre quando as reformas têm por objetivo e por fundamento a introdução de uma nova matriz. Não apenas quando se propõe que a nova matriz venha a substituir inteiramente a anterior, mas até quando se proponha apenas ladeá-la, alterando-a pontualmente. Nesses casos, não se está a falar de simples alterações legislativas, mas da introdução de novas culturas jurídicas e novos modelos comportamentais que impactariam e de fato precisam impactar, por assim dizer, a “cadeia de produção” do sistema penal. Nessas situações,

entre a previsão normativo-legal e a concretização do sistema, com efetiva mudança da mentalidade dos sujeitos processuais há um longo caminho a se percorrer, caminho esse marcado por avanços e retrocessos, erros e acertos – ainda mais quando falamos em uma mudança tão substancial como que se exige tanto para abandono da matriz inquisitorial em prol

⁴⁶ Revolucionária exatamente por assentar-se sobre um paradigma teórico totalmente distinto daquele sedimentado ao longo de séculos.

da adoção da matriz adversarial, como para a paulatina substituição – mesmo que apenas parcial – de um perfil punitivo para um restaurativo de penas (SILVA, 2019b, p. 299)⁴⁷.

Só se pode alcançar a introdução de novas culturas jurídicas e novos modelos comportamentais por meio de um forte e paulatino trabalho de formação e transformação da mentalidade dos sujeitos processuais, em especial daqueles que são considerados peças-chave para a implementação da mudança. Parece ter faltado – e ainda estar em falta – exatamente esse trabalho paulatino, pois, de acordo com os próprios membros do Ministério Público, não houve grandes atividades de formação, nem mesmo no plano da Escola da Magistratura.

Além disso, importa perceber que se precisa muito mais que isso. Para promover de forma perene e segura a transformação de mentalidade dos sujeitos processuais de modo a permitir o enraizamento da mediação penal – e tantas outras mudanças voltadas à humanização e democratização do sistema processual português –, é necessário um efetivo programa de formação dos membros do Ministério Público como sujeitos-chave. Uma formação que não se limite à abordagem das questões técnico-procedimentais da mediação penal, mas que se volte à formação teórico-filosófica de seus fundamentos, das bases da justiça restaurativa, da democratização processual, de fundamentos constitucionais de garantias fundamentais e toda a sua correlação com as políticas criminais. Enfim, o caminho que outros Estados, inclusive fora da União Europeia, têm trilhado com maior sucesso⁴⁸.

Não se chegou ao *fim* da história da mediação penal em Portugal. Definitivamente, não. Todavia, está-se diante de uma encruzilhada e, conforme o sentido a ser tomado, rumar-se-á para esse *fim* ou para seu enraizamento. Tudo dependerá dos próximos passos. Está Portugal disposto a enfrentar todas as dificuldades, embates e trabalhos necessários à mudança? Ou, por outro lado, deixará que a *letargia* se convole em *óbito* do modelo? Isso só o tempo dirá.

Sobre os autores

Fernando Laércio Alves da Silva é doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; mestre em Direito pela Faculdade de

⁴⁷ Para maiores esclarecimentos sobre os conceitos de *matriz inquisitorial* e *matriz adversarial*, ambos mencionados na citação, ver o percurso teórico trilhado por Vogler (2008), Silva (2017) e Postigo (2018).

⁴⁸ Nesse sentido, podem ser citadas a Itália e a Espanha, na União Europeia, além do Chile e do Uruguai, na América Latina.

Direito de Campos, Campos, RJ, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Viçosa, MG, Brasil; investigador visitante em estágio pós-doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professor adjunto da UFV, Viçosa, MG, Brasil; colíder do Grupo de Pesquisa em Direito, Política, Economia e Sociedade (GPDIPES) da UFV, Viçosa, MG, Brasil; advogado.
E-mail: fernando.laercio@ufv.br

Luca Verzelloni é doutor em Sociologia e Pesquisa Social pela Faculdade de Sociologia da Universidade de Trento, Trento, Itália; investigador do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; investigador associado do Instituto de Investigação sobre os Sistemas Judiciais; professor adjunto da Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; coordenador científico dos cursos para aspirantes ao cargo de juiz-presidente de tribunal, organizados pela Escola Superior da Magistratura Italiana, Florença, Itália.
E-mail: verzelloni@ces.uc.pt

O presente trabalho foi produzido com base em parte dos resultados do projeto de investigação pós-doutoral intitulado *A mediação penal enquanto técnica de aplicação da justiça restaurativa em Portugal: um exemplo a inspirar a reforma processual penal brasileira (?)*, desenvolvido no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

Como citar este artigo

(ABNT)

SILVA, Fernando Laércio Alves da; VERZELLONI, Luca. A mediação penal em Portugal doze anos depois: início, meio e fim (?). *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 81-104, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p81

(APA)

Silva, F. L. A. da, & Verzelloni, L. (2020). A mediação penal em Portugal doze anos depois: início, meio e fim (?). *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 81-104. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p81

Referências

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. A propósito da decisão-quadro do Conselho de 15 de março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 15, n. 3, p. 391-414, jul./set. 2005.

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2017. (Manuais Universitários).

CAMPANÁRIO, Micaela Susana Nóbrega de Abreu. Mediação penal: inserção de meios alternativos de resolução de conflito. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 118-135, jan./abr. 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2013.1.12593>. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/12593>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CARMO, Rui do. Um exercício de leitura do regime jurídico da mediação penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 20, n. 3, p. 451-476, jul./set. 2010.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal: (2001/220/JAI). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, L 82, p. 1-4, 22 mar. 2001. Disponível em: <https://eur->

lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&from=EN. Acesso em: 30 jun. 2020.

CORREIA, João Conde. O papel do Ministério Público no regime legal da mediação penal. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 28, n. 112, p. 57-77, out./dez. 2007.

COUNCIL OF EUROPE. *Mediation in penal matters*: Recommendation No. R (99) 19 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum. Strasbourg: COE, 2000. Disponível em: https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/20100715121918_RecommendationNo.R%2899%2919_EN.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

DIAS, João Paulo. *O Ministério Público no acesso ao direito e à justiça*: “porta de entrada” para a cidadania. Coimbra: Almedina, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/79932>. Acesso em: 30 jun. 2020.

DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. *Lista de mediadores do sistema de mediação penal*. [S. l.]: DGPJ, 2020. Disponível em: https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/GRAL_Media%E7%E3o/Lista_mediadores_SMP_24.02.2020.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. [Mediação pública]. *Estatísticas da Justiça*, [s. l., 2019a]. Disponível em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. Os números da Justiça em Portugal. *Estatísticas da Justiça*, [s. l., 2019b]. Disponível em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GOMES, Conceição; LOPES, José Mouraz. As recentes transformações no sistema penal português: a tensão entre garantias e a resposta à criminalidade. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 22-32, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/6631>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GUERRA, Roberta Freitas. *O problema normativo-procedimental da execução trabalhista e as perspectivas para sua superação*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GuerraRFr_1.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

LEITE, André Lamas. Uma leitura humanista da mediação penal: em especial, a mediação pós-sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 11, p. 9-28, 2014. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/82907>. Acesso em: 30 jun. 2020.

LHUILIER, Julien. The quality of penal mediation in Europe. *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Working Group on Mediation*, Strasbourg, 22 Aug. 2007. Disponível em: <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-working-group-/1680747b73>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O que temos que aprender com o Uruguai. In: PAULA, Leonardo Costa de (coord.). *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay*: hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. Santiago: CEJA; Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 111-118. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5636>. Acesso em: 30 jun. 2020.

OLIVEIRA, Cristiano Lessa de. Um apanhado teórico-conceitual sobre a pesquisa qualitativa: tipos, técnicas e características. *Travessias*, Cascavel, v. 2, n. 3, p. [1-16], 2008. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/travessias/article/view/3122>. Acesso em: 30 jun. 2020.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. Sobre o que a mediação penal (não) pode ser: uma abordagem crítica das práticas luso-brasileiras. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, ano 2, n. 3, p. 51-97, dez. 2015. Disponível em: <https://apps.mppr.mp.br/openjournal/edicoes/3/51-97.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

PINTO, Hélio Pinheiro. A mediação penal no Brasil e o princípio da reserva de jurisdição. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (coord.). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 101-162. (Obras Coletivas).

PORTUGAL. Assembleia da República. *Proposta de Lei 107-X*. Cria um regime de mediação penal, em execução do artigo 10º da Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI do Conselho de 15

de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. [Lisboa]: Assembleia da República, 2006. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=33326>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. Assembleia da República. Reunião plenária de 21 de fevereiro de 2007. *Diário da Assembleia da República*: X Legislatura: 2ª Sessão Legislativa (2006-2007), [Lisboa], série 1, n. 51, p. 1-51, 22 fev. 2007. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684d5a5763765245465353394551564a4a51584a7864576c326279387977716f6c4d6a42545a584e7a77364e764a5449775447566e61584e7359585270646d457652454653535441314d5335775a47593d&fich=DARI051.pdf&Inline=true>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. *Lei nº 21/2007, de 12 de junho*. Regime de mediação penal, em execução do artigo 10º da Decisão Quadro nº 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. [Lisboa]: Diário da República Eletrónico, [2013a]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/21/2007/p/cons/20130419/pt/html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. Ministério da Justiça. *Portaria nº 68-C/2008, de 22 de janeiro*. Aprova o Regulamento do Sistema de Mediação Penal. [Lisboa]: PGDL, [2013b]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1500&tabela=leis. Acesso em: 30 jun. 2020.

POSTIGO, Leonel González. *Pensar na reforma judicial no Brasil*: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Revisão da tradução: Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito; São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SAN-BENTO, Marta Moniz Faria Lobo. *Entrevista I*. Entrevistador: Fernando Laércio Alves da Silva. Coimbra: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, fev. 2020. 1 arquivo de áudio, extensão MP3 (31 min).

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa*: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

SCARPARO, Eduardo. Negociando estrategicamente em litígios cíveis. In: MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina (org.). *Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2018. p. 63-104.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. Como se joga o processo?: o uso da teoria dos jogos como instrumento de apoio para a reestruturação do processo penal brasileiro pós-Constituição Federal de 1988. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; TAVARES NETO, José Querino; MONTERO, Regina Garcimartín; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coord.). *Processo, administração, acesso e jurisdição da justiça e formas consensuais de solução de conflitos*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019a. p. 66-87. (LEFIS Series, 28).

_____. *Da neoinquisitorialidade à democracia*: bases para o estabelecimento de um novo *standard* comportamental para os sujeitos no processo penal brasileiro. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

_____. Quem nos salvará da bondade dos bons?: o problema da instituição dos acordos pré-processuais sobre a pena fora das balizas da adversariedade e do marco da justiça restaurativa. In: PAULA, Leonardo Costa de (coord.). *Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay*: hacia la justicia penal acusatoria en Brasil. Santiago: CEJA; Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019b. p. 291-299. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5636>. Acesso em: 30 jun. 2020.

VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa Continental. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 177-194.

A confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do Ministério Público

Uma abordagem analítico-comportamental do Direito

ANTONIO MARCOS DA SILVA DE JESUS

Resumo: Este artigo discute a necessidade e a obrigatoriedade da confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do Ministério Público. Após demonstrarmos que o Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015 não exauriram toda a regulamentação da matéria, ressaltando a atualidade do problema, utilizamos a teoria analítico-comportamental do Direito para escrutinar a regra jurídica vigente do Conselho Nacional do Ministério Público, de modo a concluir que ela não atende à meta social estabelecida pelo próprio órgão. Portanto, é necessário instituir contingência jurídica que assegure a confidencialidade na mediação de conflitos coletivos. Seria um meio de fortalecer esse mecanismo de solução consensual de conflitos e potencializar a confiança e as possibilidades de acordo.

Palavras-chave: Mediação de conflitos coletivos. Confidencialidade. Ministério Público. Teoria analítico-comportamental do Direito.

Confidentiality in the mediation of collective conflicts within the scope of Public Ministry: an analytical-behavioral approach to law

Abstract: This paper discusses the need and obligation of confidentiality in the mediation of collective conflicts, within the scope of Public Ministry. After demonstrating that Code of Civil Procedures and Law nº 13140/2015 did not bring all the regulation for the subject and taking into consideration the current nature of the problem, we used analytical-behavioral theory of law to scrutinize the current legal rule from the National Council of Public Ministry and we concluded that it does not meet the social goal established by the agency itself. Thus, legal contingency is necessary

Recebido em 10/3/20
Aprovado em 8/4/20

to ensure confidentiality in the mediation of collective conflicts. This could be a way to promote both the strengthening of this mechanism of consensual solution of conflicts and the enhancing of trust and possibilities of agreement.

Keywords: Mediation of collective conflicts. Confidentiality. Public Ministry. Analytical-behavioral theory of law.

1 Introdução

A mediação insere-se no rol das formas autocompositivas, excepcionando a jurisdição, mas viabilizando o acesso adequado à justiça (WATANABE, 2012). Com a promulgação do novo Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2019d]), a mediação passou a ter elevado destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a Lei nº 13.140/2015 (BRASIL, [2016]), denominada Lei da Mediação, reforçou sua importância no cenário nacional. Antes, porém, já em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispôs sobre a política nacional de tratamento de conflitos de interesses no Poder Judiciário,¹ contemplando a mediação; e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) fez o mesmo em 2014, dispondo sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público (MP), tendo determinado aos ramos do MP a criação de Núcleos Permanentes de Incentivos à Autocomposição.²

A mediação faz parte do movimento de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988) e do sistema *multidoor courthouse* (SANDER, 1979) como mecanismo de autocomposição, com a presença de um terceiro imparcial que auxilia os interessados a compreenderem o conflito, restabelecendo a comunicação e facilitando a negociação entre ambos, de modo que possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais ou um novo proceder diante do conflito (VASCONCELOS, 2008).

O CPC dispõe que os membros do MP devem estimular a solução consensual de conflitos por meio da mediação e de outros métodos autocompositivos (art. 3º, § 3º). A mediação realizada pelo MP só se justifica se ele tiver atribuição a desempenhar no exercício de alguma de suas funções institucionais em relação ao Direito ou interesse objeto do

¹ Resolução CNJ nº 125, de 29/11/2010 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, [2019]).

² Resolução CNMP nº 118, de 1º/12/2014, art. 7º, VII (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014).

conflito (art. 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]); art. 178 do CPC; e Resolução CNMP nº 118/2014).

Em se tratando de conflito coletivo, a atuação do MP como mediador, se indicada a mediação como melhor forma de solução do conflito coletivo, estará justificada pela presença de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos com repercussão social (CABRAL, 2017). Porém, trata-se em regra dos mesmos direitos que o MP tem a finalidade institucional de defender, conforme se depreende do art. 127 da CRFB e dos arts. 81, 82, I, e 92 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, [2017b]). Em relação aos interesses difusos e coletivos, o MP tem a função de sua defesa, conforme o art. 129, II, III e V, da CRFB – função que se espalha por várias normas infraconstitucionais, merecendo destaque a Lei Complementar (LC) nº 75/1993, art. 5º, I (defesa dos interesses sociais) e III (defesa dos patrimônios nacional, público, social e cultural, do meio ambiente e dos direitos e interesses coletivos), entre outros (BRASIL, [2003a]). Para se desincumbir dessa função, o MP deve adotar as “medidas necessárias” (art. 2º) para instaurar procedimentos administrativos (art. 7º, I) – técnicas extrajudiciais em que se inclui a mediação – ou promover ações judiciais (art. 6º, principalmente os incisos VII, XI, XII, XIII e XIV), disposições que são, de certa forma, repetidas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (BRASIL, [2003b]).

Considerando o princípio da adequação (DIDIER JUNIOR, 2016) e o direito ao acesso à justiça (MAZZILLI, 2013), pode ocorrer de o MP dar início a procedimento de mediação envolvendo direito coletivo e ele não resultar em solução do conflito, tornando-se necessário promover ação civil pública ou outra medida judicial adequada para o cumprimento de sua incumbência constitucional e legal. Nesse caso, indaga-se se as informações e documentos produzidos ou apresentados durante a mediação podem ser utilizados em juízo contra quem os forneceu. Considerando que durante a mediação se espera que os envolvidos no conflito sejam francos e tentem colaborar mutuamente para solucionar a controvérsia, seria possível o MP aproveitar-se dessa situação e utilizar os elementos obtidos, tais como a confissão ou admissão, além de outras provas, para defender em juízo os direitos coletivos ameaçados ou lesados?

A resposta a essa questão imbrica-se na incidência ou não da confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do MP. Esse é o objeto investigado e analisado neste artigo. Sua importância resulta do incentivo legal e institucional à adoção de soluções consensuais de conflitos, que inclui os que versam sobre direitos coletivos tuteláveis pelo MP.

Uma leitura rápida da enunciação das regras jurídicas documentadas no CPC e na Lei da Mediação poderia indicar a inexistência de problema,

pois o CPC estabeleceu a confidencialidade como um dos princípios da mediação (art. 166), abrangendo “todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes” (§ 1º), e estatuiu um verdadeiro dever de sigilo ao mediador, que não poderá divulgar nem “depor acerca de fatos ou elementos oriundos” da mediação (§ 2º).

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (BRASIL, [2019d]).

Da mesma forma, o texto da Lei da Mediação prevê que o princípio da confidencialidade deve orientar a mediação (art. 2º, VII), de modo que “toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial” (art. 30) (BRASIL, [2016]) e não pode ser revelada mesmo em processo judicial, estendendo-se ao mediador, às partes, prepostos, advogados, assessores e outras pessoas que intervierem no procedimento.

A Resolução do CNJ também arrola a confidencialidade como princípio no Código de Ética dos Mediadores Judiciais (art. 1º do Anexo III). Todavia, a Resolução é restrita às mediações ligadas ao processo judicial ou promovidas por mediadores judiciais ou por

órgãos ou programas do Judiciário ou centros nele cadastrados, uma vez que o CNJ não tem competência normativa fora do âmbito do Poder Judiciário.

Além disso, o problema é atual porque tanto o CPC, no ponto em que regula a mediação, quanto a Lei da Mediação não são voltados especificamente para conflitos envolvendo direitos coletivos, havendo vozes expressivas e fundamentadas que rejeitam a incidência da confidencialidade na mediação de conflitos dessa natureza (SOUZA, 2010; PEIXOTO, 2016).

No itinerário deste trabalho, realizamos uma pesquisa bibliográfica e documental, com o exame de diplomas legais de ramos do MP e do CNMP. Como a mediação é uma negociação facilitada por terceiro, consideramos nesta análise a negociação baseada nos postulados do método de negociação por princípios, desenvolvido pelo Projeto de Negociação de Harvard, cujos principais sistematizadores iniciais foram Roger Fisher e William Ury na obra *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*³, de 1981, com a participação de Bruce Patton nos anos seguintes.

Adotou-se como referencial teórico a teoria analítico-comportamental do Direito, formulada por Aguiar (2017), que, em nosso entender, justifica a necessidade de adoção da confidencialidade, mesmo quando a mediação de conflitos envolve direitos coletivos e é realizada no âmbito do MP. Esse referencial teórico parece ser o mais propício ao enfrentamento do problema, porque fornece um modelo científico, comportamental, para se investigarem as variáveis que podem influenciar os comportamentos jurídicos, além de apresentar parâmetros

³ *Como chegar ao sim: negociação de acordo sem ceder* (tradução nossa) ou *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*, na tradução de Ricardo Vasques Vieira para a edição brasileira (FISHER; URY; PATTON, 2014).

para a análise das regras jurídicas e seu *enforcement* (AGUIAR, 2014). O êxito da negociação tem muito a ver com as variáveis que interferem nos comportamentos dos negociadores, como o estado motivacional e as consequências reforçadoras ou punitivas da negociação e de seu resultado: a celebração de acordo ou a propositura de ação judicial. Assim, a solução que os legisladores derem ao problema investigado ou o modo de aplicação dos membros do MP e demais envolvidos na mediação coletiva, conforme o caso, tenderá a aumentar ou diminuir o interesse pela mediação como método de resolução de conflitos e potencializará o alcance ou distanciamento da meta social envolvida.

Adotaremos a expressão “mediação de conflitos coletivos” para a referência à mediação de conflitos que envolvem direitos coletivos, conforme as definições do CDC (art. 81) e de Zavascki (2008).

2 Atualidade e relevância do problema

2.1 Importância da confidencialidade

A confidencialidade é a garantia de que o conteúdo da negociação não será divulgado para estranhos ao procedimento e não será utilizado para fim diverso (CALMON, 2015). Aquela – não só o mediador, mas também as partes, auxiliares, advogados, prepostos e outras pessoas – que tiver acesso a informações em razão da atuação em algum momento na mediação não pode ampliar o número de seus conhecedores (PINHO; SOUZA, 2017; HALE, 2016). Da mesma forma, não se pode exigir do mediador e dos demais participantes da mediação a revelação daquelas informações e documentos (CABRAL; CUNHA, 2017). Daí por que nem mesmo num processo arbitral ou judicial podem ser revelados (art. 30, § 1º, da Lei da Mediação). Quem atuou como mediador não pode ser testemunha nem árbitro do conflito.⁴ Além disso, até um ano após a última audiência em que atuou, o mediador fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer uma das partes (art. 6º da Lei da Mediação). Essa vedação não decorre apenas da confidencialidade, mas com ela também se relaciona.

Conforme a Lei da Mediação (art. 30, § 1º), no curso do procedimento a confidencialidade abrange: a) declarações, opiniões, sugestões, promessas ou propostas feitas à outra parte durante a negociação; b) admissão de

⁴ Embora a Lei da Mediação só faça referência ao mediador, essa vedação abrange todos os que intervieram no procedimento em relação às informações obtidas em razão disso.

fatos; c) aceitação da proposta de acordo apresentada pelo mediador; e d) documentos elaborados exclusivamente para o procedimento.

A confidencialidade é tão importante para a mediação que, embora haja outros princípios que a informem – imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia de vontade, busca de consenso e boa-fé –, somente ela tem uma seção específica na Lei da Mediação. O sigilo pode incidir sobre a existência do conflito ou procedimento de mediação; o teor do acordo; os elementos probatórios e as discussões travadas durante o procedimento; e as sessões da mediação e a comunicação entre o mediador e os mediantes (SOUZA, 2010, p. 367).

Contudo, toda essa enunciação de regras contida nesses documentos legais diz respeito basicamente à mediação de conflitos individuais, não se referindo, em princípio, à mediação de conflitos coletivos.

2.2 Insuficiência do CPC e da Lei da Mediação

É preciso considerar que o CPC tem como centro a ação individual, o que dá viés privatista ao sistema processual (DIDIER JUNIOR, 2016). O processo civil brasileiro, com base no CPC, não foi pensado para a tutela coletiva. Nesta seção será ressaltada a mediação fora do CPC e da Lei da Mediação; além disso, será demonstrado que a mediação pode ser realizada com regulamentação diversa e própria, mesmo quando conduzida por órgãos estatais. Esta exposição visa a demonstrar que a regulamentação da mediação editada pelo CNMP continua em vigor, ainda que divirja dos diplomas legais citados, que estabelecem a ausência de confidencialidade. Depois, analisaremos se a regra da ausência da confidencialidade atende à meta social estabelecida pelo legislador.

2.2.1 Há mediação fora do CPC e da Lei da Mediação

O CPC dispõe sobre sua finalidade voltada aos conflitos individuais, mas simultaneamente reconhece que a mediação não é monopólio estatal e, mesmo quando realizada por órgão público sem ligação direta ou indireta com atividade processual, prescinde de regramento vindo do Legislativo, conforme o seu art. 175:

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação (BRASIL, [2019d]).

O Estado não impõe seus mecanismos de autocomposição às pessoas. Não há ilicitude nem vedação se conflitantes, resolvendo negociar longe do Estado, ignoram suas prescrições normativas e solicitam a um terceiro estranho ao serviço público, mas de sua confiança, que intermedeie a comunicação e facilite a negociação (CALMON, 2015). Essa não é uma conduta socialmente indesejável. Não é preciso seguir o regramento estatal traçado para a mediação conduzida por agentes públicos ou por particulares relacionada a um processo. Não há contingência jurídica⁵ que impeça duas pessoas de resolverem seus conflitos negociando diretamente, conversando entre si, ou com intermediação de outro particular de sua confiança, numa mediação informal (CALMON, 2015, p. 112). O fato de eventual acordo decorrente dessa mediação longe do Estado não ser considerado título executivo não impede que os coobrigados cumpram a avença nem o torna desprovido de efeitos jurídicos, inclusive para recorrer à jurisdição, por meio de ação monitória (art. 700 do CPC), por exemplo. A intervenção de autoridades estatais, no entanto, não está totalmente ausente, sendo, por assim dizer, virtual, porque sempre haverá possibilidade de o acordante prejudicado provocar o juiz para o cumprimento do acordo (AGUIAR, 2017, p. 121).

2.2.2 Há mediação institucional com regramento próprio

Da mesma forma, podem ter normas próprias, diferentes das encontradas no CPC, os órgãos institucionais diversos dos judiciais que devem promover de forma consensual a resolução de conflitos relacionados com o campo de suas competências administrativas (art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC), mas que não estejam sendo discutidos num processo judicial. O art. 175 do CPC prevê a possibilidade de edição de lei específica para a mediação realizada por órgãos institucionais ou profissional independente. Se é uma possibilidade, não há uma obrigatoriedade de existência de lei específica.

Aqui, é possível avançar e dizer que, inexistindo a “lei específica”, o regramento pode ser interno, do próprio órgão, desde que não ofenda o regime jurídico da Administração Pública, a atividade faça parte de sua competência administrativa e esteja no campo de incidência da Lei da Mediação. Isso ocorreu no Ministério do Trabalho, que teve criada em seu âmbito a possibilidade de mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista, por meio do Decreto nº 1.572/1995 (BRASIL, 1995), que

⁵ Para a teoria analítico-comportamental do Direito, uma contingência jurídica é a ligação contingente entre um comportamento – conduta comissiva ou omissiva – e sua consequência – a sanção (AGUIAR, 2014). No caso, a decisão de duas pessoas resolverem seus conflitos consensualmente sem a intervenção estatal ou com a intermediação de terceiro não tem consequência punitiva; não há controle desse comportamento pelo Estado.

prevê que os negociantes podem solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de um mediador (art. 2º, § 1º), que será um servidor do órgão e, até a edição da Lei nº 10.192/2001 (BRASIL, 2001b), um profissional previamente cadastrado para concluir a mediação num prazo de 30 dias (arts. 2º, § 3º, a, e 5º). Depois, por meio da Portaria nº 326/2013 (BRASIL, 2013), o Ministério do Trabalho previu internamente a mediação destinada à “solução dos conflitos de representação sindical” (arts. 22 a 24), revogada pela Portaria nº 501/2019 (BRASIL, 2019f). A Lei nº 10.192/2001, com exceção da possibilidade de mediação por estranho ao serviço público, incorporou integralmente as disposições desse decreto.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, por meio do Ato Regimental nº 5, de 27/9/2007, que dispôs sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União, foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), com competência para “buscar a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal” e “supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União” (art. 17, III e IV) (BRASIL, [2009]). Embora não se refira à mediação, por se tratar de forma de autocomposição, serve para demonstrar a existência de regulamentação interna do mecanismo. O Decreto nº 7.392, de 13/12/2010, incorporou e ampliou a competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem na Administração Federal (art. 18 do Anexo I) (BRASIL, [2017a]).

Da mesma maneira, fora do âmbito do Legislativo, embora algum tempo após os atos normativos já referidos, mas antes da edição e entrada em vigor do CPC e da Lei da Mediação, o CNJ regulamentou o procedimento de mediação por resolução em 2010 (Resolução CNJ nº 125/2010), que serviu de matriz para o regramento atual e não foi revogada. Na mesma linha e antes do atual arcabouço jurídico, o mesmo fez o CNMP com a edição da Resolução CNMP nº 118/2014, ainda vigente, que estabelece no âmbito do MP a Política Nacional de Incentivos à Autocomposição.

Portanto, antes e ainda agora, depois da entrada em vigor do CPC e da Lei da Mediação, é possível a realização de mediação informal por particular (CALMON, 2015) ou por órgão de instituições públicas sem a regência desses dois diplomas legais. No caso da mediação por instituições, para sua validade e legitimidade entendemos ser necessário que a atividade esteja dentro do feixe de competências administrativas, podendo ser orientada por normas internas.

Sobre a lei específica a que se refere o art. 175, poder-se-ia afirmar que se trata da Lei nº 13.140/2015, a Lei da Mediação. Essa conclusão, porém, não seria integralmente correta. Conforme a LC nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a alteração e a consolidação de leis, “o primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação” (art. 7º)

(BRASIL, [2001a]). Com efeito, o art. 1º da Lei nº 13.140/2015 indica que seu objeto é “a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares”, além da “autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública” (BRASIL, [2016]). Como se vê, essa norma não cuida da mediação de conflitos coletivos. Mesmo quando um conflito particular envolver várias pessoas, não se estará necessariamente diante de um conflito coletivo (MANCUSO, 2012).

Da mesma forma, essa lei não tem por objeto a mediação de conflitos coletivos realizada no âmbito do MP. A expressão legal empregada “no âmbito da Administração Pública” refere-se ao Executivo, tanto que prevê a criação de câmaras nos órgãos da Advocacia Pública dos entes federativos (art. 32). Neste caso, é possível a mediação ter por objeto conflitos coletivos, mas apenas os “relacionados à prestação de serviços públicos” (art. 33, parágrafo único) ou que tenham num dos polos órgão ou entidade da Administração Pública (arts. 32, I e II, e 37). A mediação de negociação de natureza trabalhista, ocorrida no âmbito do Executivo, segue fora dos referidos órgãos.

Em síntese, a Lei da Mediação só regulamentou especificamente a mediação de conflitos individuais (controvérsias entre particulares) e de conflitos coletivos quando envolver órgãos e entidades da Administração Pública ou particular e entidade pública, o que inclui os ligados à prestação de serviços públicos. Essa lei não alcança todas as mediações – não deveria nem conseguiria –, tanto que prevê sua aplicação subsidiária “às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências” (art. 42) (BRASIL, [2016]).

Nem o CPC nem a Lei da Mediação regulamentaram a mediação de conflitos difusos

e coletivos conduzidas pelo MP. Chegou-se a prever que a “mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria” (art. 42, parágrafo único) (BRASIL, [2016]). Isso indica que não foi revogada a Lei nº 10.192/2001, nem o Decreto nº 1.572/1995 e portarias que regulamentaram as mediações de negociação coletiva trabalhista e de conflitos de representação sindical, realizadas no âmbito do Ministério do Trabalho.

Como se viu no art. 175, as normas do CPC (assim como as da Lei da Mediação) “não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais”, como é o caso da mediação realizada pelo MP. Pode até ocorrer de o Poder Legislativo regulamentar “por lei específica” a mediação coletiva no âmbito do MP, mas isso é prescindível, até porque já existe regulamentação de autoria do CNMP. A regulamentação existente indica, em regra, a não incidência da confidencialidade:

§ 2º A confidencialidade é recomendada quando as circunstâncias assim exigirem, para a preservação da intimidade dos interessados, ocasião em que deve ser mantido sigilo sobre todas as informações obtidas em todas as etapas da mediação, inclusive nas sessões privadas, se houver, salvo autorização expressa dos envolvidos, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o membro ou servidor que participar da mediação ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014, p. 6).

Esse caminho percorrido é para reafirmar que, de um lado, a simples previsão da confidencialidade no CPC e na Lei da Mediação não justifica sua aplicação na mediação coletiva, porque existe regramento específico, não sendo cabível analogia. Por outro lado, enunciam-se regras jurídicas de forma contraditória para a mediação de conflitos individuais e coletivos.

A prevalecer essa divergência, a confidencialidade estaria funcionando como meta social imediata⁶ apenas em relação ao direito envolvido no conflito, sendo indiferente ao meio de solução de conflito em si, a mediação.

A seguir, faremos uma análise comportamental dessas regras jurídicas para afirmar se deve ser instituída também na mediação coletiva contingência jurídica relacionada à confidencialidade. Tomaremos como ponto de partida os enunciados das regras sobre a conduta no CPC e na Lei da Mediação. Antes, porém, sucintamente, vejamos o que diz a doutrina tradicional.

3 O que diz a doutrina tradicional

Souza (2010) cuidou da matéria, antes da promulgação e entrada em vigor do CPC e da Lei da Mediação, tratando especificamente dos conflitos coletivos que envolvem ente público, seja como parte, seja como regulador, e não admite a confidencialidade sobre o termo de acordo, as provas e estudos técnicos produzidos durante a mediação, e as sessões conjuntas. A autora justifica esse posicionamento com três razões: a) o princípio da isonomia não admite que o Estado adote critérios diferentes para a celebração de acordos; b) a necessidade de incremento do acesso à justiça, aproveitando-se as provas e estudos técnicos em processos semelhantes, reduzindo custos e facilitando a tutela de direitos; e c) a imposição da transparência

⁶ Como se verá adiante, *meta social* é um estado de coisas que presumidamente favorece o bem-estar de todo um grupo social. O sistema político, considerando determinadas premissas factuais relevantes, estabelece metas sociais como favoráveis ao bem-estar do grupo social, que inspiram e dirigem a instituição das contingências jurídicas (AGUIAR, 2014). Mais adiante se verá que a confidencialidade não busca apenas a proteção da privacidade e da intimidade relacionada ao direito e pessoas em conflitos, mas, sobretudo, a valorização do mecanismo de solução de conflito, a mediação.

na gestão dos negócios públicos, que envolve recursos públicos (SOUZA, 2010).

Segundo essa doutrina, a confidencialidade seria uma exceção incidente quando os documentos, sessões e comunicações envolvessem: a) intimidade das partes; b) segredo comercial, industrial ou financeiro; c) informações de Estado não acessíveis ao público (SOUZA, 2010, p. 368). Para Souza (2010, p. 372),

[o] fato é que a manutenção da confidencialidade nos conflitos que envolvem interesses públicos é uma simples decorrência de uma transposição irrefletida de um modelo de solução de conflitos surgido e desenvolvido no âmbito dos conflitos privados, nos quais a proteção da intimidade e da vida privada faz todo sentido, para a esfera dos conflitos envolvendo o Poder Público, na qual a confidencialidade não faz nenhum sentido e, inclusive, afronta os princípios que regem a Administração Pública brasileira e o Estado Democrático de Direito.

Mesmo após a entrada em vigor do CPC e da Lei da Mediação, a autora reafirmou a “inaplicabilidade de confidencialidade, como regra, no processo de mediação envolvendo entes públicos” (SOUZA; RICHE, 2016, p. 210).

Peixoto (2016) segue na mesma linha, afastando, como regra, a confidencialidade das mediações pelo poder público, em razão do princípio da publicidade, sobretudo com base na Lei de Acesso à Informação e sua previsão no art. 37 da CRFB. As exceções seriam apenas as estabelecidas na Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011), relacionadas às “informações que violem o respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 31, *caput*), que traga riscos à soberania nacional, que envolvam segredos industriais (art. 23) etc.” (PEIXOTO, 2016, p. 471).

O argumento de ambos é substancial, mas deixa escapar algumas questões. O princípio

da publicidade obriga apenas a Administração Pública, não o particular que estiver em conflito com ela em mediação. Nesse caso, seja a mediação conduzida pela Administração Pública, seja a que tenha um de seus órgãos como parte, não se aplica ao particular o princípio da publicidade e assiste-lhe o direito de preservar o teor de suas declarações, mesmo que não se refiram à sua vida privada ou intimidade – sobretudo porque ele não está obrigado a participar do mecanismo de mediação.

Também o princípio da isonomia não deve justificar a inexistência da confidencialidade em todas as mediações em que houver envolvimento de ente público, como parte ou mediador. A invocação da isonomia só se ampara nos conflitos envolvendo direitos individuais homogêneos, que, a bem da verdade, não são direitos coletivos, mas individuais, tendo apenas o legislador possibilitado sua tutela coletiva (ZAVASCKI, 2008). Em se tratando de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, quando houver ente público como parte, não se poderá afastar a confidencialidade pelo princípio da isonomia porque, muito provavelmente, não haverá outro conflitante em situação pessoal e conflitos idênticos para justificar sua aplicação.

Mesmo resistindo à confidencialidade, Souza e Riche (2016) afirmam que o CPC e a Lei da Mediação não trazem qualquer regra que excepcione a confidencialidade para mediação de conflitos que envolvem entes públicos.

4 A teoria analítico-comportamental do Direito

Com base na visão do Direito como sistema funcionalmente especializado no controle coercitivo de comportamentos politicamente considerados prejudiciais à sobrevivência, à reprodução e ao bem-estar da sociedade, vinculando

a criação, a transmissão e a aplicação de regras jurídicas, a teoria analítico-comportamental considera a ciência do comportamento humano para explicar o Direito (AGUIAR, 2017). Nesses termos, também as regras são padrões comportamentais – no caso, verbais. As regras não são os textos nem estão nos textos, que na verdade fornecem o contexto para a enunciação de regras pelos indivíduos. As leis, por seu turno, são as decisões coletivas vinculantes produzidas pelo sistema político; como tais, são eventos únicos, isolados no tempo e no espaço, documentados por meio de textos padronizados (AGUIAR, 2013, 2014, 2017). Essas decisões são “um pré-requisito essencial para a aplicação subsequente das regras a que se referem” (AGUIAR, 2017, p. 134). O modelo analítico-comportamental de regra jurídica tem a seguinte formulação (AGUIAR, 2017, p. 140, grifos do autor):

{*DADO QUE* [as seguintes premissas factuais relevantes são válidas segundo o estado atual da arte das várias ciências], *SE* [tal consequência mediata ou imediata da imposição da contingência jurídica abaixo é uma meta social, ou seja, um estado de coisas politicamente definido como favorável ao bem-estar do grupo social como um todo], *ENTÃO* [a seguinte contingência jurídica deve ser instituída pelo sistema jurídico (*SE* tal conduta, *ENTÃO*, tal sanção)]}.

A seguir, explicam-se os componentes dessa fórmula. A meta social é o estado de coisas presumidamente favorável ao bem-estar social do grupo. O sistema político decide sobre o estado de coisas que se pretende alcançar ou manter para sua sobrevivência, reprodução e bem-estar (AGUIAR, 2017). Seu atingimento, considerando as premissas factuais relevantes, direta ou indiretamente, depende da instituição da contingência jurídica (AGUIAR, 2017). Assim, no caso do furto, por exemplo, o que se deseja com o estabelecimento da contingência

jurídica é alcançar um estado de coisas presumidamente favorável ao bem-estar social, ou seja, a segurança da propriedade individual (AGUIAR, 2014). As metas sociais podem desdobrar-se em mediatas e imediatas. Estas últimas correspondem à diminuição das condutas, comissivas ou omissivas, em razão da sanção (AGUIAR, 2017). Também incluem a correspondência do aumento de condutas comissivas em razão da sanção, que é a mesma coisa que a diminuição das condutas omissivas. As metas sociais imediatas, pois, são alcançadas com o aumento ou diminuição de certas condutas em razão da sanção. As metas sociais mediatas, por sua vez, são o estado de coisas presumidamente decorrente das metas sociais imediatas. Encontramos um exemplo de meta social imediata na colaboração premiada, cujas sanções positivas (os benefícios para o criminoso colaborador) visam ao aumento de condutas de colaboração para a persecução penal e, assim, para a rede comportamental jurídica punitiva.⁷ Essa meta social imediata – aumento de condutas colaborativas de integrantes das organizações criminosas (art. 4º da Lei nº 12.850/2013) (BRASIL, [2019c]) – visa à diminuição de condutas indesejáveis à reprodução, sobrevivência e bem-estar da sociedade, de formação de organizações criminosas, em decorrência do incremento do risco da descoberta e punição dessas condutas. Assim, a diminuição de condutas configuradoras do crime de organização criminoso, em razão de sua proibição e respectiva sanção, constitui meta social imediata, ao passo que a diminuição da frequência dessas condutas se constitui em meta social mediata, em razão do aumento da frequência de colaboração pelo estabelecimento de sanções positivas (prêmios). Com efeito, um estado de coisas pode ser meta social imediata considerando a contingência jurídica e, ao mesmo tempo, ser meta social mediata, se a contingência jurídica for outra e relacionada com uma meta social anterior.

Cumpra agora esclarecer dois pontos da abordagem da teoria analítico-comportamental dessa matéria, que nos será útil oportunamente na apreciação do objeto deste artigo. Legisladores responsáveis pela instituição de contingências jurídicas devem ser aqui entendidos em sentido amplo, de modo a incluir quaisquer responsáveis pela tomada de decisões coletivas vinculantes relacionadas à instituição de contingências jurídicas (AGUIAR, 2017) – por exemplo, os conselhos superiores dos diversos ramos e o CNMP. A contingência jurídica, por sua vez, ou

⁷ Entendida como um conjunto de comportamentos jurídicos punitivos e defensivos entrelaçados, influenciando-se recíproca e reflexivamente para formar um sistema. A rede é formada por nós (padrões comportamentais, que motivam ou servem de contexto para outro, que, por sua vez, funciona como reforço ou punição do primeiro) e contingências jurídicas. A rede comportamental indicará a probabilidade do alcance das metas sociais. A sua análise pode demonstrar a necessidade de alterações nas regras jurídicas para seu aperfeiçoamento, como ocorreu com a edição da Lei Maria da Penha (AGUIAR, 2017).

o modo como ela tem sido aplicada pelas autoridades jurídicas, pode acarretar consequências indesejáveis ou efeitos perversos (AGUIAR, 2017); por isso, na teoria analítico-comportamental, as consequências também são consideradas em cotejo com as metas sociais, para se avaliar se a contingência jurídica deve ser mesmo instituída ou aplicada de certo modo. Diante de uma consequência indesejável, ou se afirma que ela é tolerável e admissível como implícita à meta social – e, portanto, a contingência jurídica deve ser instituída ou aplicada daquele modo –, ou esse efeito perverso, não sendo tolerável em vista da meta social, demonstra que a contingência jurídica não deve ser instituída ou deve ser alterado o modo como tem sido aplicada. A consequência desejável representa a meta social explícita.

Desenvolvendo o exemplo acima, imaginemos que o legislador, a pretexto de diminuir a frequência de desrespeitos aos direitos fundamentais de investigados e réus, estabelecesse como contingência jurídica a proibição da celebração de acordo de colaboração premiada com investigado ou réu preso, partindo de premissa factual de que se prende para forçar a colaboração premiada. Considerando que os números da experiência brasileira indicam que a premissa factual é falsa ou frágil, uma vez que a grande maioria de acordos de colaborações premiadas realizados após o advento da Lei nº 12.850/2013 foi feita com investigados ou réus que não estavam presos, e considerando que a prisão tem requisitos e pressupostos próprios, essa contingência jurídica teria como consequência indesejável a diminuição do número de acordos e a exclusão da colaboração premiada como uma das estratégias possíveis da defesa de quem, pela aplicação de outras contingências jurídicas, está preso. Essa consequência serve, pois, para avaliar se a contingência jurídica – vedação de acordo de colaboração premiada com preso – deve ou não ser instituída, considerando que ela, a pretexto de diminuir a frequência de condutas desrespeitosas a direitos fundamentais de investigados e réus, acaba por restringi-los, tirando do preso uma estratégia de defesa.

As premissas factuais relevantes são as relações causais da instituição da contingência coercitiva entre delito e sanção com a obtenção do estado de coisas socialmente desejável (AGUIAR, 2017). Para sua análise, é preciso considerar o estado da arte das ciências relacionadas com a regra jurídica e demonstrar a vinculação da contingência jurídica ao atingimento da meta social (AGUIAR, 2017). Assim, é preciso que a contingência jurídica estabelecida seja capaz de efetivamente controlar os comportamentos indesejáveis e, ao mesmo tempo, tais comportamentos devem de fato estar negativamente relacionados com a obtenção do estado de coisas socialmente desejável (AGUIAR, 2017). Se não houver essas duas comprovações – ou seja, se as premissas forem falsas –, a instituição da

contingência jurídica não pode ser considerada um meio apto à obtenção da meta social (AGUIAR, 2017).

As premissas factuais relevantes na análise comportamental das regras jurídicas desdobram-se em: a) probabilidade de ocorrência do comportamento a ser controlado; b) potencialidade de efetividade da sanção; c) prováveis consequências sociais indesejáveis da aplicação da sanção; e d) nexos causal da conduta sancionada e a meta social mediata (AGUIAR, 2017). As três primeiras estão relacionadas à meta social imediata e a última, à meta social mediata (AGUIAR, 2017).

Por fim, a contingência jurídica é a contingência coercitiva entre o delito e a sanção; é, pois, a relação contingente entre a conduta socialmente indesejável (delito) e a consequência presumidamente aversiva (sanção), que visa à diminuição da frequência de tal conduta (AGUIAR, 2017). Para a teoria analítico-comportamental do Direito, “as regras jurídicas só estão completas na medida em que determinam a instituição de contingências jurídicas” (AGUIAR, 2017, p. 147). Contudo, nem sempre as leis trarão a descrição da conduta socialmente indesejável e logo em seguida a respectiva sanção, como sói ocorrer nas leis penais. Há casos que podem configurar contingência jurídica, nos quais inexistem imediatas ou expressas descrições de sanção, mas apenas a imposição legal de obstáculos à prática de certas condutas, que é percebida como punição e implica diminuição da frequência de tais condutas (AGUIAR, 2017). Todavia, haverá situações nas quais não se estará diante de uma contingência jurídica, mesmo o comportamento sendo perfeitamente lícito, envolvendo consequências aversivas com a diminuição da frequência do comportamento. Aguiar (2017) cita como exemplo o comparecimento a uma delegacia para prestar declarações como vítima ou testemunha, ato percebido como aversivo em contextos sociais bastante comuns no Brasil.

Com isso, tem-se a explicação dos componentes da fórmula da teoria analítico-comportamental, cuja repetição é bem útil:

{*DADO QUE* [as seguintes premissas factuais relevantes são válidas segundo o estado atual da arte das várias ciências], *SE* [tal consequência mediata ou imediata da imposição da contingência jurídica abaixo é uma meta social, ou seja, um estado de coisas politicamente definido como favorável ao bem-estar do grupo social como um todo], *ENTÃO* [a seguinte contingência jurídica deve ser instituída pelo sistema jurídico (*SE* tal conduta, *ENTÃO*, tal sanção)]}.

Por fim, antes de fazer a leitura do problema à luz da teoria analítico-comportamental do Direito, é preciso destacar os termos *delito* e *sanção* empregados na exposição dessa teoria, para evitar a conclusão equivocada de que regras jurídicas são apenas as do campo do Direito

Penal. A expressão *delito* designa qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, considerado socialmente indesejável, não se restringindo ao Direito Penal; *delito* é gênero, cujas espécies são os crimes e os delitos civis (AGUIAR, 2017). *Sanção*, por sua vez, nomeia a consequência presumidamente aversiva descrita na lei para quem tiver o comportamento considerado socialmente indesejável (AGUIAR, 2017).

5 A confidencialidade como meta social imediata e a mediação como meta social mediata

À luz do modelo analítico-comportamental do Direito, a confidencialidade é uma meta social, e isso é facilmente percebido nas diversas enunciações do CPC e da Lei da Mediação. Estabeleceu-se politicamente que a conduta violadora da confidencialidade na mediação é socialmente indesejável, havendo previsão de sanções, entre as quais a qualificação da prova apresentada como ilícita (art. 30, § 2º, da Lei da Mediação).

Não se contesta que a confidencialidade pode resguardar direitos (PEIXOTO, 2016). Contudo, sua previsão legal, mais que isso, relaciona-se com o próprio mecanismo extrajudicial de solução de conflitos (AZEVEDO, 2003): funciona como meta social imediata e tem a facilitação da mediação como meta social mediata. Com o estabelecimento de contingências jurídicas a sancionarem condutas violadoras da confidencialidade, o legislador quer garantir a proteção e o fortalecimento do mecanismo de mediação, entendendo-se que esse mecanismo de solução consensual de conflitos é importante para o desenvolvimento e a reprodução do bem-estar social. A regra é a observância da confidencialidade. Se estivesse relacionada apenas com direitos, para a proteção da privacidade e da intimidade, haveria variação da incidência da confidencialidade, tal como ocorre nos processos judiciais. Além do mais, fosse a confidencialidade meta social imediata da privacidade e da intimidade das partes, nada impediria que as informações produzidas na mediação fossem levadas para o processo judicial, bastando que o juiz determinasse o sigilo do processo. Todavia, não foi essa a decisão política. O legislador estabeleceu que os documentos e as informações obtidos na mediação, se levados ao juiz num processo judicial, serão considerados prova nula (art. 30, § 2º, da Lei da Mediação).

Quem quebra a confidencialidade da mediação pode ser responsabilizado por perdas e danos (GORETTI, 2017); além disso, o agente público que atua como mediador pode responder por crime de violação de sigilo (art. 325 do Código Penal (CP)) (BRASIL, [2019b]), com pena de detenção de seis meses a dois anos. Estas são contingências jurídicas para

garantir que a confidencialidade seja observada pelos participantes da mediação como partes, mediador, advogados ou auxiliares. Entretanto, a confidencialidade não é fim em si mesma; ela funciona como meta social do mecanismo de mediação. A mediação, por sua vez, é meta social mediata e, nesse caso, não há dúvida de que também a mediação coletiva é meta social mediata. O CPC dispõe que os membros do MP devem estimular a solução consensual de conflitos por meio da mediação e de outros métodos autocompositivos (art. 3º, § 3º).

A Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 118, de 1º/12/2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivos à Autocomposição no âmbito do MP, pretende que ele implemente e adote mecanismos de autocomposição, entre os quais a mediação (art. 1º, parágrafo único). Embora a Resolução só faça referência direta à mediação comunitária e à escolar, que têm por objeto conflitos envolvendo direitos ou interesses individuais, presta-se também aos conflitos que envolverem direitos coletivos. Com efeito, em seus *consideranda*, verifica-se que a política a ser implantada visa notadamente às controvérsias e aos conflitos de natureza coletiva. O legislador quer alcançar um estado de coisas favorável à sobrevivência, reprodução e bem-estar da sociedade.

6 Negociação baseada em princípios e premissas factuais relevantes

O método de negociação baseada em princípios contrapõe-se principalmente à negociação baseada em posições e pode ser resumido a quatro pontos: a) separar as pessoas do problema; b) concentrar-se em interesses, não em posições; c) inventar múltiplas opções, em busca de ganhos mútuos, antes da decisão; e d) utilizar

um critério objetivo para o resultado (FISHER; URY; PATTON, 2014).

Em pelo menos dois desses pontos, a confiança será muito importante para o avanço da negociação, e a confidencialidade, a principal motriz daquela. No primeiro ponto, sobretudo, quando as pessoas envolvidas no conflito mantêm um relacionamento prévio, porque “o relacionamento tende a se embaralhar com o problema” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 41) e pessoas e problemas serem confundidos, além de a negociação ser afetada pela percepção, emoção e comunicação dos negociadores. Como consequência desse tipo de negociação, há uma tendência de as pessoas não se exporem e manterem a aparência para evitar a fragilização de sua posição. “É comum em uma negociação que as pessoas insistam em discordar, não porque a proposta na mesa seja inerentemente inaceitável, mas simplesmente porque desejam evitar o sentimento ou a aparência de que aderiram ao outro lado” (FISHER; URY; PATTON, 2014, p. 48). Com efeito, é necessário não só separar as pessoas do problema, mas também garantir que não sejam usadas contra elas as afirmações feitas na discussão.

Da mesma forma, para maior possibilidade de êxito da negociação, em dado momento é preciso que os interessados pensem em opções que acarretem ganhos mútuos (FISHER; URY; PATTON, 2014). No método de negociação por princípios, os interesses são o foco, não as posições. Um interesse pode ser atendido de várias formas, por várias posições. Daí ser recomendável pensar em alternativas de soluções que tragam benefícios para ambos. O método de Harvard indica a realização de uma sessão de *brainstorming*, para arrolar o máximo de opções, sem nesse momento considerá-las boas ou más, realistas ou irrealistas, de modo a não inibir a criatividade (FISHER; URY; PATTON, 2014). O momento de criação das opções não

se confunde com seu julgamento, mas não se desconhece que haverá o temor de, ao inventar opções, acabar revelando alguma informação que possa ameaçar sua posição na negociação, além do risco de ter uma ideia incipiente interpretada como um compromisso (FISHER; URY; PATTON, 2014) ou que sirva de argumento contra si em juízo. Aqui, mais uma vez, destaca-se que é importante, útil e necessária a confidencialidade para aumentar o potencial de êxito da negociação. Quem sabe que ficará vulnerável com a negociação, caso não se chegue a um acordo, terá de antemão dificuldade de expor seus argumentos, diagnósticos e propostas sem subterfúgios. Se os negociadores agirem assim, a negociação tende a fracassar e representar prejuízos com a perda de tempo. Por isso, papel destacado tem a confidencialidade para a criação de um ambiente seguro e de confiança, adequado às discussões e à busca de soluções consensuais de conflitos.

As premissas factuais relevantes, nesse caso, desdobram-se da seguinte forma:

a) *Probabilidade de ocorrência do comportamento a ser controlado.*

Quando não se chega a um acordo durante a mediação, o conflito ainda reclamará solução e, muito provavelmente, será levado a juízo. A parte que provocar o juiz, bem como a que se defenderá, tenderá a utilizar em seu favor as informações e elementos obtidos durante a mediação. Há uma probabilidade grande de violarem a confidencialidade, sendo necessário controlar tal comportamento. Ademais, o juiz, sobretudo quando as partes foram encaminhadas para a mediação por ele, tem inclinação natural de informar-se com o mediador sobre as ocorrências na mediação.

b) *Potencialidade de efetividade da sanção.* A declaração de nulidade da informação ou documento produzido ou apresentado em mediação e utilizado em processo posterior, com violação da confidencialidade, é uma sanção efetiva, que impede efeito jurídico processual. Há outras sanções incrementadoras das consequências aversivas, capazes de motivar a abstenção total ou diminuição da conduta indesejável, tais como a impossibilidade de o mediador ser testemunha ou árbitro do conflito e a quarentena de um ano após a última audiência em que atuou para o mediador atuar como assessor, representante ou patrocinador de qualquer uma das partes. Além disso, se o mediador for agente público, é crime a violação do sigilo funcional, punido com detenção de seis meses a dois anos (art. 325 do CP).

c) *Prováveis consequências sociais indesejáveis da aplicação da sanção.*

A declaração de nulidade da prova obtida durante a mediação acarreta a diminuição dos elementos informativos para a decisão judicial, podendo mesmo o pedido de quem tem razão ser julgado improcedente ou o

processo ser extinto sem resolução. Além do mais, durante a quarentena, a parte estará impossibilitada de contar com a experiência adquirida pelo mediador, dada a vedação de sua atuação como assessor, representante ou patrocinador, mesmo que em negócio diverso do conflito que outrora fora objeto da mediação.

Tais consequências devem ser tidas como efeitos colaterais toleráveis da meta social imediata, sendo elas próprias metas sociais implícitas.

d) *Nexo causal da conduta indesejável que representa inobservância da confidencialidade com a mediação (meta social mediata)*. Para a discussão de conflitos e a potencialidade de se chegar a uma solução consensual na mediação, é preciso um ambiente favorável à exposição dos obstáculos – às vezes, de sentimentos, confissões e propostas (PEIXOTO, 2016). Numa palavra, é preciso liberdade e segurança. Por isso, é necessária a confiança de que, no mínimo, a situação em que se encontrava antes de iniciar a mediação não será agravada com a utilização das informações fornecidas contra si e com finalidade diversa (GABBAY, 2013). Quando se sugerem opções de resolução do conflito, pode surgir o justo receio de acabar revelando alguma informação que possa ameaçar a posição do negociador, fragilizando-o (FISHER; URY; PATTON, 2014); a garantia de que isso não será usado contra si em eventual processo judicial ou noutra situação jurídica fortalece o mecanismo extrajudicial de solução de conflitos e potencializa as chances de a mediação alcançar seus objetivos, ou seja, aumenta-se a probabilidade de se alcançar o estado de coisas considerado politicamente adequado para a sobrevivência, a reprodução e o bem-estar da sociedade.

Assim, no caso de mediação de conflitos individuais, podem-se descrever os seguintes termos:

{DADO QUE [as partes e demais participantes do procedimento de mediação tendem a revelar informações produzidas ou mesmo o juiz tende a buscar estas informações para solucionar conflitos], SE [a confidencialidade é um estado de coisas politicamente definido como favorável ao bem estar-social (meta social imediata), porque presumidamente fortalece a confiança no processo de mediação e as chances de acordo (meta social mediata), reconhecida como importante ao desenvolvimento e reprodução do bem-estar da sociedade], ENTÃO [as seguintes contingências jurídicas devem ser estabelecidas (art. 30, § 2º, da Lei da Mediação: a prova produzida com inobservância da confidencialidade da mediação não será aceita em juízo; quem violar a confidencialidade da mediação pode responder por perdas e danos; e, por fim, art. 325 – revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação. Pena: detenção de seis meses a dois anos ou multa)]}.

7 Contingência jurídica a ser instituída referente à confidencialidade na mediação de conflitos coletivos

A mesma análise feita para a contingência jurídica para garantir a confidencialidade na mediação de conflitos individuais, justificando a sua aplicação como regra jurídica, deve ser feita também para sua criação na mediação coletiva.

7.1 Resolução CNMP nº 118/2014 e confidencialidade

A Resolução CNMP nº 118/2014, conforme dito alhures, criou a Política Nacional de Incentivos à Autocomposição no âmbito do MP, incumbindo aos ramos a implementação de mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais. A norma estabeleceu parâmetros e diretrizes (art. 2º) e a regulamentação básica da mediação no âmbito do MP, o que inclui a mediação de conflitos coletivos, tendo especificamente feito referência à confidencialidade como um princípio a ser observado, mas não como regra, só quando as circunstâncias assim exigirem para a preservação da intimidade dos interessados.

Art. 10. [...] § 2º A confidencialidade é recomendada quando as circunstâncias assim exigirem, para a preservação da intimidade dos interessados, ocasião em que deve ser mantido sigilo sobre todas as informações obtidas em todas as etapas da mediação, inclusive nas sessões privadas, se houver, salvo autorização expressa dos envolvidos, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo o membro ou servidor que participar da mediação ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014, p. 6).

Tal regra jurídica fez da confidencialidade meta social imediata apenas da preservação da intimidade como meta social mediata, negligenciando a mediação, embora o legislador a tenha considerado como estado de coisas que deseja atingir.

Como foi dito, nos *consideranda* dessa resolução verifica-se que a política a ser implantada visa, notadamente, às controvérsias e aos conflitos de natureza coletiva. Criou-se uma política nacional de incentivo à autocomposição, devendo concluir-se que a solução extrajudicial de conflitos coletivos, incluindo a mediação como mecanismo, é uma meta social. A incoerência reside no fato de não ter o CNMP enunciado a confidencialidade como meta social imediata da mediação.

7.2 Como a matéria foi tratada pelos ramos do Ministério Público

A Resolução nº 118/2014 determina que todos os ramos implementem e organizem os mecanismos de autocomposição (art. 1º, parágrafo único, e art. 3º), além de uma série de incumbências, entre as quais a criação de Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (art. 7º).

Pesquisas realizadas nos sítios eletrônicos dos diversos ramos do MP sobre a criação desses núcleos revelaram que: o MP Federal ainda não editou norma criando o referido núcleo; o MP do Trabalho editou a Resolução CSMPT nº 157, de 28/8/2018 (BRASIL, 2018); nos MPs dos estados e do Distrito Federal, os legisladores criaram o núcleo sem muito acrescentar ao modelo previsto pelo CNMP.

Em nenhum ramo do MP pesquisado houve disposição sobre a confidencialidade na mediação de conflitos coletivos, salvo no MP do Trabalho, cuja resolução contribui muito para o debate sobre a matéria. O *parquet* trabalhista

afirma a confidencialidade como regra geral (art. 7º, VII, § 2º)⁸ e determina que seu membro que atuar como mediador fica “impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, a promover investigação ou adotar qualquer providência judicial em que estejam envolvidas quaisquer partes que integraram o procedimento de mediação ou conciliação” (art. 7º, § 5º) (BRASIL, 2018). Contudo, na verdade, quando se tratar de conflitos coletivos, para os quais o MP do Trabalho tem legitimidade ativa, estabeleceu-se a não aplicação da confidencialidade na mediação (art. 7º, § 1º, II) e, mesmo impedido por um ano, o procurador do trabalho que atuou como mediador poderá encaminhar as informações e documentos obtidos na mediação para outro membro investigar os fatos do conflito e propor ações judiciais, se for o caso (art. 7º, § 4º): “§ 4º. Na hipótese de constatação de ofensa aos direitos de que trata o inciso II, que não possa ser solucionada no âmbito da própria mediação ou conciliação, o procedimento será arquivado e encaminhada notícia de fato para adoção de providências por outro membro do Ministério Público do Trabalho” (BRASIL, 2018).

A criação de contingência jurídica para a confidencialidade na mediação de conflitos coletivos é justificada por uma análise comportamental do Direito, considerando a adoção de uma negociação por princípios. Essa abordagem revela que sua adoção poderá reforçar positivamente condutas de escolha ou aceitação da mediação como mecanismo extrajudicial para a resolução de conflitos coletivos, além de aumentar a probabilidade de efetiva solução do conflito de maneira adequada e sem recorrer ao Judiciário, salvo em eventual necessidade de obrigar o cumprimento da avença.

No âmbito penal, ao contrário, a prática é muito mais consolidada nas negociações. Mesmo em se tratando de ramo *ultima ratio* no controle social – portanto, pressupondo mais grave violação a bens juridicamente protegidos, o que implicaria maior justificativa para utilização das in-

⁸Art. 7º. A mediação e a conciliação no Ministério Público do Trabalho serão orientadas pelos seguintes princípios: [...] VII – confidencialidade; § 1º. Aplica-se a confidencialidade à mediação e conciliação no âmbito do Ministério Público do Trabalho, exceto quando: I – as partes decidirem de forma diversa; II – o fato se relacionar a ofensa a direitos que devam ser defendidos pelo Ministério Público do Trabalho; III – houver informação relacionada a crime de ação penal de iniciativa pública. § 2º. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado. § 3º. Antes de iniciar o procedimento, o mediador deverá informar às partes acerca das exceções à confidencialidade no âmbito do Ministério Público do Trabalho. § 4º. Na hipótese de constatação de ofensa aos direitos de que trata o inciso II, que não possa ser solucionada no âmbito da própria mediação ou conciliação, o procedimento será arquivado e encaminhada notícia de fato para adoção de providências por outro membro do Ministério Público do Trabalho. § 5º. O Membro do Ministério Público do Trabalho que atuar como mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, a promover investigação ou adotar qualquer providência judicial em que estejam envolvidas quaisquer partes que integraram o procedimento de mediação ou conciliação” (BRASIL, 2018).

formações e documentos da mediação –, a confidencialidade tem sido comum nas tratativas de colaboração premiada durante a Operação Lava Jato (FONSECA, 2017).

De um lado, “o membro do Ministério Público pretende saber exatamente o que o pretendo colaborador tem a oferecer antes de firmar o acordo”; de outro lado, mesmo querendo cooperar, o réu ou investigado “tem receio de falar com medo da autoincriminação sem que lhe seja dada alguma garantia” (FONSECA, 2017, p. 111). Nesse estágio inicial de perplexidade na negociação, a solução apontada por Trott (2007 apud FONSECA, 2017, p. 111) “é pedir uma amostra”, mas essa “amostra”, antes mesmo da avença, pode sinalizar ao membro do MP onde procurar elementos probatórios, o que seria prejudicial ao réu ou investigado, caso a tentativa de acordo malogre. Para viabilizar uma saída e o avanço da negociação, a confidencialidade tem sido uma prática recorrente.

No caso da Operação Lava Jato, apesar de a lei não fazer previsão, os Procuradores da República têm firmado com os investigados e seus advogados um “Termo de Confidencialidade” antes do início das negociações, como uma forma de garantir que o que for dito nessa etapa de tratativas prévias não será usado por nenhuma das partes antes da homologação judicial. Serve, ainda, para demarcar a data oficial do início das negociações (FONSECA, 2017, p. 112).

Atualmente, a Lei nº 12.850/2013⁹ assegura categoricamente e em vários dispositivos a confidencialidade durante a negociação da colaboração premiada desde o recebimento da proposta (art. 3º-B) e, se não for celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, “esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade” (art. 3º-B, § 6º) (BRASIL, [2019c]).

8 Conclusão

Apesar de não haver previsão normativa determinando a obrigatoriedade da confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do MP, a análise comportamental do Direito aponta que ela deve ser utilizada, porque o sistema político estabeleceu a mediação como meta social e a confidencialidade como meio de fortalecer esse mecanismo de solução consensual extrajudicial de conflitos, dada sua capacidade de potencializar as chances de a mediação alcançar seus objetivos, ao criar

⁹ As alterações foram feitas pela Lei nº 13.964, de 24/12/2019 (BRASIL, 2019e), chamada de Pacote Anticrime.

um ambiente favorável à negociação, ao restabelecimento da comunicação, à compreensão do conflito e à identificação de possíveis soluções.

Deve, pois, a confidencialidade incidir também na mediação de conflitos coletivos. Se o membro do MP entender de antemão que o conflito é de tamanha complexidade ou importância que, em não se alcançando solução extrajudicial, será inevitável utilizar as informações obtidas no procedimento de mediação, a conclusão não deve ser pelo afastamento da confidencialidade, mas do próprio mecanismo de mediação, porque inadequado, devendo adotar outro meio, como a negociação direta ou a busca da solução judicial.

É recomendável, portanto, que o CNMP promova alteração da Resolução nº 118/2014 para estabelecer a confidencialidade como regra, não como exceção, em se tratando de mediação de conflitos coletivos.

Sobre o autor

Antonio Marcos da Silva de Jesus é mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, DF, Brasil; procurador da República, Ministério Público Federal, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: marcosjesus@mpf.mp.br

Como citar este artigo

(ABNT)

JESUS, Antonio Marcos da Silva de. A confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do Ministério Público: uma abordagem analítico-comportamental do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 105-130, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p105

(APA)

Jesus, A. M. da S. de (2020). A confidencialidade na mediação de conflitos coletivos no âmbito do Ministério Público: uma abordagem analítico-comportamental do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 105-130. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p105

Referências

AGUIAR, Julio Cesar de. Análise comportamental do direito: uma abordagem do direito como ciência do comportamento humano aplicada. *Nomos. Revista do Programa de Pós-*

Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 245-273, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1223>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. O direito como sistema de contingências sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, Goiânia, v. 37, n. 2, p. 164-195, jul./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.5216/rfd.v37i2.23681>. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/23681>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Teoria analítico-comportamental do direito*: para uma abordagem científica do direito como sistema social funcionalmente especializado. Porto Alegre: Núria Fabris, 2017.

AZEVEDO, Gustavo Tranco de. Confidencialidade na mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília, DF: Brasília Jurídica: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 303-323. (Série Grupos de Pesquisa, v. 2).

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007*. Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes. [Brasília, DF]: AGU, [2009]. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/458612/RESPOSTA_PEDIDO_Ato%20Regimental%20n%2005%20-%20AGU.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Decreto nº 1.572, de 28 de julho de 1995*. Regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1572.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Presidência da República, [2003a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, DF: Presidência da República, [2001a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *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: 13 abr. 2020.

_____. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001*. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001b.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *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 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *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); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Portaria nº 501, de 30 de abril de 2019*. Dispõe sobre os procedimentos administrativos para o registro de entidades sindicais pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2019f. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-no-501-de-30-de-abril-de-2019-86041786>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria nº 326, de 1ª de março de 2013*. Dispõe sobre os pedidos de registro das entidades sindicais de primeiro grau no Ministério do Trabalho e Emprego. [Brasília, DF]: MTE, 2013. [Revogada]. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-mte-326-2013.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

_____. Ministério Público do Trabalho. *Resolução nº 157, de 28 de agosto de 2018*. Institui o Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição – NUPIA e define diretrizes para a implementação da Política Nacional de Autocomposição no âmbito do Ministério Público do Trabalho. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/40360096/do1-2018-09-11-resolucao-n-157-de-28-de-agosto-de-2018-40360062. Acesso em: 13 abr. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 709-726. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 1).

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multipartas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 709-726. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 9).

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. [Brasília, DF]: CNJ, [2019]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014*. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. [Brasília, DF]: CNMP, 2014. Disponível em: <https://www.cnmmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolucao-118.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil: parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 1.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação e judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. (Coleção MASC, v. 1).

GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

HALE, Durval. A confidencialidade na mediação: exceções. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 191-206.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público: uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 261, p. 467-497, nov. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; SOUZA, Mariana Freitas de. Primeiras impressões sobre a confidencialidade e suas exceções na Lei de Mediação brasileira. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 559-567. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 9).

SANDER, Frank E. A. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. (ed.). *The Pound conference: perspectives on justice in the future*. St. Paul, MN: West Pub. Co., 1979.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/94327/292011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2020.

SOUZA, Luciane Moessa de; RICHE, Cristina Ayoub. Das câmaras de mediação. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 179-221.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org.). *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2012. p. 87-94. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

E os negros? Onde estão os negros?

Antirracismo patrimonial e os quilombos

PAULO FERNANDO SOARES PEREIRA

Resumo: Com base na análise do atual panorama do tombamento do patrimônio quilombola no Brasil – quais e quantos são os processos, de onde vieram e o que objetivaram –, este artigo tem o propósito de discutir as possibilidades de promover medidas antirracistas baseadas no exemplo da patrimonialização dos sítios com reminiscências históricas dos antigos quilombos, nos termos do art. 216, § 5º, da Constituição brasileira. Para isso, parte-se da premissa de que o contraponto do racismo é o antirracismo, de modo que é necessário falar sobre o racismo e combatê-lo, encarando-o como problema público que permeia a sociedade e o Estado brasileiro, pois o escravismo, que perdurou nacionalmente durante quase quatro séculos, após 1888 manteve grande parte de seus elementos negativos na República instalada após 1889. Por meio da revisão de literatura, documentos e processos administrativos em andamento no IPHAN, o trabalho conclui que o tombamento quilombola não é mera retórica constitucional simbólica, mas verdadeiro reconhecimento da história e da resistência quilombola ao processo opressivo da escravidão.

Palavras-chave: Constituição. Quilombos. Reconhecimento. Patrimonialização. Antirracismo.

And the blacks? Where are the blacks? Blackness and cultural heritage: anti-racist heritage from the quilombos

Abstract: Starting from the current scenario on the listing of *quilombola* heritage in Brazil – which ones and how many are the cases, where did they come from and what did they aim for –, the article discusses the possibilities of promoting anti-racist policies based on the creation of heritage sites from the reminiscences of the old *quilombos*, under the terms of art. 216, § 5, of the Brazilian Constitution. The premise is that the opposite of racism is anti-racism, that is, it is necessary to speak and fight racism, facing it as a general problem that permeates Brazilian society and the State, because of slavery, which lasted for almost four centuries

Recebido em 25/3/20
Aprovado em 8/5/20

until 1888 and kept a large part of its negative elements in the Republic that began in 1889. With a systematic literature review, documents, and administrative processes underway with IPHAN, the work concludes that the listing of *quilombos* is not merely a constitutional symbolism, but a true recognition and inclusion of the history and memory of the *quilombola* resistance to the oppression of slavery.

Keywords: Constitution. *Quilombos*. Recognition. Heritage. Anti-racism.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) estabeleceu uma excepcional hipótese de antirracismo no § 5º do art. 216: “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (BRASIL, [2019a]). Todavia, qual é o panorama atual do tombamento do patrimônio quilombola no Brasil: quais e quantos são os processos, de onde vieram e o que objetivaram?

Após mais de trinta anos da promulgação da CRFB, chama atenção a pouca relevância que órgãos e entidades encarregados da proteção do patrimônio cultural brasileiro têm dado à temática da patrimonialidade quilombola, como se ela tivesse tido pouca representatividade na construção da ideia de Nação que se consolidou no País, imperando o que Trouillot (2016, p. 160) tratou como o *poder arquivístico* em seu auge: o poder de definir o que é ou não um objeto de pesquisa sério e, portanto, algo que valha a pena ser mencionado.

Arquivos compõem. Seu trabalho de composição não se limita a um gesto mais ou menos passivo de seleção. Pelo contrário, é um ativo gesto produtivo, que prepara os fatos para a inteligibilidade histórica. Os arquivos compõem tanto os elementos substantivos quanto os elementos formais da narrativa. São espaços institucionalizados de mediação entre o processo sócio-histórico e a narrativa sobre esse processo (TROUILLOT, 2016, p. 92).

Fora isso, as narrativas históricas baseiam-se em entendimentos prévios, que repousam, por sua vez, na distribuição de poder arquivístico, que, no caso da historiografia da maioria dos países não hegemônicos, foram profundamente delineados por convenções e procedimentos ocidentais (TROUILLOT, 2016, p. 97), os quais evidentemente valorizam os

elementos da cultura dominante e não deixam espaço para a distinção patrimonial de culturas subalternizadas, como a resistência quilombola ou quaisquer outras formas de dissidências.

Assim, com base no conteúdo jurídico do § 5º do art. 216 da CRFB, que determina o tombamento de “todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”, evidencia-se que o Estado brasileiro, por meio de órgãos e entidades de proteção do patrimônio cultural, com a participação da sociedade civil (denominada de comunidade pela CRFB, no § 1º do art. 216), deve reconstruir a narrativa de Nação, a fim de incluir nessa narrativa a resistência quilombola e indígena, bem como de quaisquer “outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (§ 1º do art. 215) (BRASIL, [2019a]), para retirá-los das zonas de ocultamentos e invisibilidades, e promover a quebra dos silêncios institucionais¹.

Os dispositivos mencionados, antes de reafirmar o mito da democracia racial, configuram a reafirmação da necessidade de se romper com a ideologia dominante – baseada no silenciamento da resistência ao processo social e jurídico que constituiu a escravização² –, pois ampliaram a noção de direitos e a arena das práticas culturais, bem como protegeram todas as expressões de culturas populares afrodescendentes e indígenas (FISCHER; GRINBERG; MATTOS, 2018, p. 194). Além disso,

[a] Constituição de 1988 promoveu discussões sobre identidade racial e racismo que seriam expandidas e fortalecidas ao longo da década de 1990. No século XXI, essas discus-

¹ Sobre a quebra dos silêncios institucionais, ver Fischer, Grinberg e Mattos (2018).

² Trouillot (2016, p. 46) registra que tanto a historiografia estadunidense como a brasileira, sua equivalente, por razões talvez pouco distintas, produziram seus próprios silêncios a respeito da escravização.

sões culminaram em um robusto conjunto de iniciativas públicas que colocaram a questão racial no centro dos debates nacionais sobre justiça social, igualdade e cidadania. Estas políticas públicas foram reguladas de forma mais acelerada nos últimos anos do governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e, especialmente, no de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) (FISCHER; GRINBERG; MATTOS, 2018, p. 195).

Nesse sentido, para a CRFB o processo de resistência à escravidão foi elevado à mesma importância que qualquer outro evento histórico da memória nacional, tratando-se, aliás, da única hipótese de tombamento determinada no próprio texto constitucional, decorrendo daí a justificativa de proteção de todos os documentos e sítios detentores das reminiscências históricas dos antigos quilombos, os quais estiveram em um “não lugar jurídico” de esquecimento e “não decisão” durante o período de cem anos inaugurado pela abolição da escravatura em 1888 e encerrado com a promulgação da CRFB.

Por isso, é preciso desmascarar as práticas racistas no âmbito do patrimônio. No entanto, após mais de trinta anos da CRFB, chama atenção a pouca relevância que órgãos e entidades encarregados da proteção do patrimônio cultural brasileiro têm dado à temática da patrimonialidade quilombola, como se ela tivesse tido pouca contribuição para a construção da ideia de Nação que se consolidou no País. Assim, seria possível a promoção de medidas antirracistas com base no exemplo da patrimonialização quilombola?

Em termos estruturais, o artigo é dividido em dois tópicos: Panorama e bloqueios ao tombamento do patrimônio quilombola, no qual se apresenta a problemática passada e atual do tema; e E os negros? Onde estão os negros? O antirracismo e a patrimonialização, em que se procura evidenciar as perspectivas da matéria.

2 Panorama e bloqueios ao tombamento do patrimônio quilombola

Após a abolição da escravatura, os quilombos e a sua memória foram condenados ao esquecimento e receberam como pena o encarceramento que os retira da memória nacional, num processo de “esquecimento/apagamento/ocultamento” pelo sistema jurídico, que passou a ignorá-los e a negar-lhes quaisquer possibilidades de reconhecimento e inclusão.

A Lei nº 3.353, de 13/5/1888, com sucinta redação, sem tratar de nenhuma outra questão relacionada ao complexo fenômeno da escravização e do racismo, apenas declarou “extincta desde a data desta lei a escravidão no Brasil” (IMPERIO DO BRAZIL, 1888). Esse dispositivo produziu o primeiro silenciamento formal a respeito da situação da população negra no Brasil e, conseqüentemente, sobre os quilombos. Em relação a estes, tal situação foi revertida pela CRFB, em dois pontos: a) ao reconhecer, primeiramente, a sua patrimonialidade, no § 5º do art. 216; e b) ao determinar o reconhecimento de suas territorialidades, no art. 68 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)³.

Quadro

Disposições constitucionais sobre quilombos no Brasil

	Patrimonialidade	Contemporaneidade
CRFB	Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro 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, nos quais se incluem: [...]. § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.	Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Fonte: elaborado pelo autor com base em Brasil ([2019a]).

A comparação evidencia o quanto a CRFB se interessou em nomear o *quilombo*, não apenas como fenômeno do passado, mas também como comunidade contemporânea, portadora de direitos. Dessa maneira, somente após um século da abolição formal da escravidão, restabeleceu-se juridicamente o termo *quilombo* na CRFB. A terminologia constitucio-

³Sobre a construção desse dispositivo, com uma perspectiva epistemológica hegemônica, baseada em autores europeus e estadunidenses, ver Souza (2013). Para uma perspectiva antropológica, ver Leite (2008).

nal menciona “aos remanescentes das comunidades dos quilombos” e, para alguns, não traduziria a atualidade do termo, dando a impressão de comunidades fora de seu tempo, ainda refugiadas numa concepção colonialista, referidas como comunidades do passado e destituídas de qualquer contemporaneidade (SOUSA, 2011, p. 37).

Na legislação republicana nem aparecem mais, pois com a abolição da escravatura imaginava-se que o quilombo automaticamente desapareceria ou não teria mais razão de existir. Consta-se um silêncio nos textos constitucionais sobre a relação entre os ex-escravos e a terra, principalmente no que tange ao símbolo de autonomia produtiva representado pelos quilombos. E quando é mencionado na Constituição de 1988, 100 anos depois, o quilombo já surge como sobrevivência, como “remanescente”. Reconhece-se o que sobrou, o que é visto como residual, aquilo que restou, ou seja, aceita-se o que já foi. Julgo que, ao contrário, se deveria trabalhar com o conceito de quilombo considerando o que ele é no presente (ALMEIDA, 2002, p. 53).

A despeito de os estudos relacionados à questão quilombola ainda se centrarem muito em sua contemporaneidade, há certo tabu no tratamento da sua patrimonialidade, na forma estabelecida na CRFB, diante da estratégia política acadêmica e dos movimentos sociais que temiam que o conceito de *quilombo* fosse “frigorificado”. De acordo com Almeida (2002, p. 63),

[é] necessário que nos libertemos da definição arqueológica, da definição histórica *stricto sensu* e das outras definições que estão frigorificadas e funcionam como uma camisa-de-força, ou seja, da definição jurídica dos períodos colonial e imperial e até daquela que a legislação republicana não produziu, por achar que tinha encerrado o problema com a abolição da escravatura, e que ficou no desvão das entrelinhas dos textos jurídicos. A relativização dessa força do inconsciente coletivo nos conduz ao repertório de práticas e às autodefinições dos agentes sociais que viveram e construíram essas situações hoje designadas como quilombo.

O temor de “frigorificar”, “encapsular”, “enlatar” ou “engessar” o termo *quilombo* fez com que a pesquisa no campo da patrimonialidade quilombola não avançasse. Hoje, reconhecida a constitucionalidade da contemporaneidade quilombola, após o julgamento em 8/2/2018, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239/DF (BRASIL, 2018) – que versou a respeito da constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 (BRASIL, 2003), que regulamentou o art. 68 do ADCT –, parece ser o momento propício para se avançar em discussões que superem as demandas fundiárias, como as relacionadas a direitos culturais, educacionais, de saúde, entre outros, procurando-se

efetivar o dispositivo previsto no art. 216, § 5º, da CRFB, a fim de que ele não seja lançado no rol do simbolismo constitucional, o que Neves (2011) denomina *constitucionalismo simbólico*.

No campo dos direitos culturais, o ano de 1937 marca o início formal do reconhecimento do patrimônio cultural brasileiro, com a promulgação do Decreto-lei nº 25, de 30/11/1937 (BRASIL, [2015]), que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Após muita luta do movimento negro, de grupos ligados ao meio acadêmico e outros setores da sociedade civil organizada, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) em fevereiro de 1986 tombou como patrimônio natural a Serra da Barriga (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 1982b), local do histórico Quilombo dos Palmares, no município de União dos Palmares (Alagoas). Após 1988, foi tombado apenas o Quilombo Ambrósio: remanescentes, em Ibiá (Minas Gerais), em julho de 2002 (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 1998).

Em que pese a existência de apenas dois tombamentos de sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, outros processos tramitam há anos no IPHAN, sem que o Estado defina a questão e os argumentos para o não reconhecimento de outros sítios ou para não se instituir uma política específica para os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

O número de processos administrativos é diminuto – apenas 21 casos de tombamento quilombola –, considerando que existem milhares de comunidades quilombolas certificadas ou em processo de certificação pela Fundação Cultural Palmares (FCP)⁴, o que efetivamente parece atestar que os “quilombos históricos”, os quais devem ter reconhecida a sua patrimonialidade nos termos do art. 216, § 5º, da CRFB, correspondem a um número bem menor do que os “quilombos contemporâneos”, previstos no art. 68 do ADCT. Todavia, reconhecer a patrimonialidade de um número mais restrito de quilombos não desmerece de maneira alguma os quilombos contemporâneos. A razão do tratamento diferenciado ocorre justamente em virtude da distinção do fenômeno do patrimônio, que tem como característica a seletividade dos bens que ingressarão em rol de proteção jurídica maior, por meio de tombamento, inventários, registros etc., pois,

[e]nquanto prática social, a constituição e a proteção do patrimônio está assentada em um estatuto jurídico próprio, que torna viável a gestão pelo

⁴ Até 2019, a FCP já havia certificado 3.386 comunidades quilombolas, desde o início do trabalho em 2004. Ainda assim, o número de comunidades é superior, pois a certificação é apenas o ato final, do que resultam processos de comunidades não certificadas.

Estado, em nome da sociedade, de determinados bens, selecionados com base em certos critérios, variáveis no tempo e no espaço. A norma jurídica, nesse caso, funciona como linguagem performativa de um modo bastante peculiar: não apenas define direitos e deveres para o Estado e para os cidadãos como também inscreve no espaço social determinados “ícones”, figurações concretas e visíveis de valores que se quer transmitir e preservar (FONSECA, 1997, p. 31).

Por essa razão, a CRFB não quis vincular o reconhecimento e a inclusão da territorialidade dos quilombos contemporâneos (art. 68 do ADCT) à patrimonialidade dos antigos quilombos:⁵ a vinculação teria produzido verdadeiros desastre e sonegação de direitos às comunidades quilombolas contemporâneas e comprometeria toda a discussão a respeito da ressemantização dos quilombos.

O raciocínio patrimonial é um raciocínio de memória. Como memória seletiva, busca bens distintivos no rol que se mostra quase exaustivo. Um exemplo disso: espalhadas pelo Brasil existem centenas de igrejas, símbolos do poder branco e católico colonial e imperial, mas nem todas foram objeto de tombamento federal, o qual costuma recair sobre as mais representativas, conforme os processos de negociação e conflitos que permeiam cada tombamento. Notoriamente, o reconhecimento de um bem no âmbito federal, seja ele material ou imaterial, proporciona maior visibilidade e proteção jurídica, mas não exclui outras formas de proteção jurídica aos que não ingressaram no campo da distinção patrimonial, tampouco que estados e municípios possam protegê-los localmente. Infelizmente, o campo de discussão dos direitos patrimoniais ainda é regido pela obsessão do tombamento e pelo descaso de estados e municípios, configurando-se a cegueira em torno de outras formas de proteção que o próprio sistema jurídico proporciona e uma centralidade da entidade federal de proteção, que acaba sobrecarregada.

Do ponto de vista dos documentos e dos sítios detentores das reminiscências dos antigos quilombos, segundo o texto constitucional é fundamental que a memória dos antigos quilombos não seja esquecida e que seja alçada ao mesmo nível de qualquer outra memória que funda o Estado-nação brasileiro. Para não perder essa memória de resistência, a CRFB determina a proteção de todos os documentos e sítios das reminiscências históricas dos antigos quilombos. A proposta constitucional estabelece que esses documentos e sítios sejam preservados, estudados, a fim de que a memória não se perca, não seja silenciada, saia do ocultamento. Logo, políticas de identificação de documentos e sítios das

⁵ À época da Constituinte, controvérsias levaram à desvinculação entre patrimonialidade (art. 216, § 5º, da CRFB) e territorialidade/contemporaneidade quilombola (art. 68 do ADCT); sobre isso, ver Fiabani (2007).

reminiscências históricas dos antigos quilombos devem ser estabelecidas, com base no diálogo com o movimento social quilombola, demonstrando-se sempre que a patrimonialidade não representa perigo à contemporaneidade das comunidades quilombolas, mas elemento de afirmação e distinção da história dos quilombos para a memória nacional, inclusive como forma de fortalecer a luta pela efetivação dos direitos dessas comunidades. Com a instituição de uma política patrimonial quilombola, outros heróis e heroínas – a exemplo de Ganga Zumba, Zumbi e Negro Cosme, ocultados pela narrativa oficial – poderão ressurgir na memória nacional, demonstrando-se que a resistência quilombola não se restringiu ao Quilombo dos Palmares, mas foi fenômeno marcante do próprio Estado colonial e imperial.

Não se pode esquecer que a memória nacional se fez historicamente pela dominação colonial e pela imposição da violência simbólica, com valores e imaginação da Nação impostos com ênfase na arte colonial, principalmente o barroco; na invenção de um barroco brasileiro, projetado em restaurações, consagrou-se o predomínio da presença portuguesa na cultura material e o tratamento da herança africana como resto de um passado desconectado do presente; no caso português, pela construção de uma coleção de arte primitiva de valor universal, objetivou-se a cultura nativa e assim projetou-se a Nação na Europa, no intuito de se nivelar aos demais países no cenário civilizado ocidental (CHUVA, 2016, p. 44). Essa tentativa de nivelar a Nação à “civilização” é o que Ramos (1995, p. 113-114) denominou *aparato institucional colonial*:

Os países descobertos e colonizados, como o Brasil, estão sujeitos a esta deformação cultural. São, extensamente, pseudomorfoses, no sentido que seus aparatos institucionais, re-

cortados à imagem e semelhança dos de países de grande prestígio cultural, não resultaram da evolução propriamente, da elaboração interna do processo de crescimento orgânico destes países, mas de transplantações.

A invenção da patrimonialidade brasileira era baseada numa tríade muito evidente, querendo-se que a jovem Nação tivesse sua arte representada como “barroca, moderna e civilizada”, segundo a concepção dos modernistas (CHUVA, 2016), expurgando-a de qualquer outro elemento que representasse “atraso” ou “exotismo”. Segundo os arquitetos da memória, a “arte brasileira” era inconfundível, visto que, apesar de inserida entre os valores universais, tinha especificidades, em que a apropriação “popular” do erudito havia trazido o imprevisto, o criativo, o novo – uma Nação nova estava sendo construída. Além da materialidade dos monumentos, portanto, outra realidade física estava sendo construída com a produção de livros em que se afirmava que o Brasil era uma Nação porque tinha cultura; era civilizado porque suas raízes advinham da arte universal (CHUVA, 2003, p. 322).

Dessa maneira, a arquitetura colonial foi privilegiada não somente pela sua ancianidade, mas também porque lhe foram atribuídas características que, segundo as concepções modernistas, a distinguiam como primeiro momento da produção autenticamente nacional; ademais, teria sido diferenciada do que veio depois, considerado como importado – a produção relativa ao século XIX e começo do século XX. Sem dúvida, a “barroquização” do patrimônio histórico e artístico nacional implementada pelos modernistas foi uma impressionante estratégia de consagração tanto do modernismo quanto do barroco, pois o conceito de *barroco*, bastante difuso, sempre foi perseguido como origem mítica de nossa nacionalidade (CHUVA, 2003, p. 329). Nesse limiar, qual é o lugar da cultura

indígena e afro-brasileira além de álibis simbólicos para a construção do mito fundacional? O negro, encarado como problema, teve sua cultura renegada, já que o ideal de brancura sempre predominou na busca das elites por igualar-se aos países ditos “civilizados”.

O negro é povo, no Brasil. Não é um componente estranho de nossa demografia. Ao contrário, é a sua mais importante matriz demográfica. E este fato tem de ser erigido à categoria de valor, como o exige a nossa dignidade e o nosso orgulho de povo independente. O negro no Brasil não é anedota, é um parâmetro da realidade nacional. A condição do negro no Brasil só é sociologicamente problemática em decorrência da alienação estética do próprio negro e da hipercorreção estética do branco brasileiro, ávido de identificação com o europeu (RAMOS, 1995, p. 200).

Por conseguinte, o reconhecimento da memória quilombola e da sua resistência ao processo opressivo que resultou numa política patrimonial higienizada e embranquecida foi uma resposta da CRFB a uma narrativa histórica e jurídica marcada pela racialização da memória nacional, a qual pouco ou nenhum valor atribuiu à contribuição de negros e indígenas para a construção do mito da Nação. Ir atrás da resistência dos quilombos por meio de uma política patrimonial dialogada com o movimento negro e quilombola representa, pois, valioso passo em relação à cultura do Brasil e à correção de sua nacionalidade, com a efetiva proteção jurídica do elemento negro/quilombola nesse campo. A respeito disso, Nascimento (2006, p. 123-124) argumenta que

[n]ão chega a ser exagero afirmar que entre 1888 e 1970, com raras exceções, o negro brasileiro não pôde expressar-se por sua voz na luta pelo reconhecimento de sua participa-

ção social. Soa interessante que tal expressão venha a acontecer num momento em que o país estava sufocado sob uma forte repressão ao livre pensamento e à liberdade da reunião. Este era o momento dos anos 70.

Talvez por ser um grupo extremamente submetido e que não oferecia um imediato perigo às chamadas instituições vigentes, os negros puderam inaugurar um movimento social baseado na verbalização ou discurso veiculado à necessidade de autoafirmação e recuperação da identidade cultural.

Foi a retórica do quilombo, a análise deste como sistema alternativo, que serviu de símbolo principal para a trajetória deste movimento. Chamamos isto de correção da nacionalidade. A ausência de cidadania plena, de canais reivindicatórios eficazes, a fragilidade de uma consciência brasileira do povo, implicou numa rejeição do que era considerado nacional e dirigiu este movimento para a identificação da historicidade heroica do passado.

Como antes tinha servido de manifestação reativa ao colonialismo de fato, em 70 o quilombo volta-se como código que reage ao colonialismo cultural, reafirma a herança africana e busca um modelo brasileiro capaz de reforçar a identidade étnica.

Muito mais que definição de patrimônio cultural antecedida pelo Direito, o Direito apenas tutelou uma forma de patrimônio que já estava previamente definida pelas formas de poder, que era “barroca, moderna e civilizada” (CHUVA, 2016), daí a importância de a CRFB resgatar um ideal de Estado-nação que correspondesse à realidade e à diversidade do Brasil, reconhecendo e incluindo os elementos indígenas e afro-brasileiros ao mito construtivo da Nação, ao estabelecer que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (§ 1º do art. 215 da CRFB), bem como ao determinar que “constituem patrimônio cultural brasileiro

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” (art. 216 da CRFB) (BRASIL, [2019a]).

Com efeito, considerando a própria experiência de tombamento da Serra da Barriga (o antigo Quilombo de Palmares) em 1986, a CRFB reconheceu a importância de proteção da patrimonialidade de “todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”. Ainda assim, as discussões relativas à temática pouco avançaram, ressoando como heresias quaisquer pretensões ou estudos que ousem discorrer sobre os “quilombos históricos”, dado o receio de se “frigorificar”, “engessar” ou “enlatar” as concepções dos “quilombos contemporâneos”, o que, por sua vez, gerou um silenciamento a respeito da patrimonialidade quilombola, como se demonstrará na análise dos processos de tombamento.

3 E os negros? Onde estão os negros? O antirracismo e a patrimonialização

“E os negros? Onde estão os negros?”⁶ É possível promover medidas antirracistas com base no exemplo da patrimonialização quilombola? Conforme já se afirmou, o contraponto do racismo é o antirracismo. Por isso, deve-se falar sobre ele, combatê-lo e encará-lo como problema que permeia a sociedade brasileira, pois o escravismo, que perdurou nacionalmente durante quase quatro séculos, manteve grande parte de seus elementos negativos na República que se instalou após 1889 (MOURA, 1983, p. 126). De fato, a abolição do trabalho escravo não alterou substancialmente as práticas de expropriação e controle da terra, e com elas a situação dos grupos negros, em cujo processo de dominação continuada os descendentes dos africanos escravizados passaram a operar por meio da dinâmica da territorialização étnica, modelo que – em algumas regiões mais do que em outras – consistia em considerar as populações nativas, os africanos e seus descendentes em posição inferior à dos imigrantes recém-chegados, reconfigurando lógicas racializadas anteriormente implantadas (LEITE, 2008, p. 966).

Moura (1983, p. 132) afirma que, quando se insiste em dizer que o escravismo foi a fase decisória da formação cultural do brasileiro, não

⁶ Frase atribuída a Jean-Paul Sartre, em crônica denominada *Solidão negra*, de Rodrigues (2016). Segato (2006) analisa o significado dessa frase que bem caracteriza a ausência e invisibilização da população negra dos espaços de saber e poder.

se subestimam outros elementos que entraram na sua composição e participaram do seu dinamismo cultural, social, econômico e político; no entanto, a insistência seria no sentido de que o escravismo atuou como elemento de entrave ao desenvolvimento interno do Brasil, pois foi a instituição que permitiu à economia de tipo colonial chegar aos níveis de exploração atingidos, descapitalizando permanentemente os setores que poderiam compor uma economia de consumo interno, em favor da economia de exportação. Essa lógica transformou as populações escravizadas em grande parte dos excluídos da Nação, cuja cor não pode ser nomeada porque discutir o racismo é um tabu (GUIMARÃES, 2009, p. 92-93), competindo ao Direito efetuar tal nomeação para gerar sensibilização e fomentar mudanças.

A palavra *racismo* tem vários significados e é usada para designar a teoria da hierarquia das raças, baseada na crença de que a condição social depende de características raciais, com o intuito de preservar uma “raça superior”, subordinar ou eliminar as “raças inferiores” e impedir a mestiçagem (CHEBEL D’APPOLLONIA, 1998, p. 7). O contraponto são as medidas antirracistas – compostas por ações de diferentes leques, desde as de ordem mais impositivas às chamadas ações afirmativas. Isto é, são antídotos que levam ao desmascaramento e ao expurgo do racismo, já que os novos racismos não costumam reconhecer-se como racistas, sendo necessária a sua nomeação pelo Direito como meio legitimador de combate, nos termos explicitados por Bourdieu (2010).⁷

O poder de nomeação pelo Direito tem um efeito extraordinário. Por intermédio da nomeação, passa-se a ter a materialização jurídica do racismo e do antirracismo; sem a nomeação jurídica, fortalece-se o racismo, pois este se oculta sob formas que aparentemente não teriam relevância jurídica, estando numa espécie de “não lugar jurídico”, em campo de ajuridicidade, quando em verdade essa “não nomeação” está fortalecendo e sustentando o racismo, principalmente por meio de suas novas formas: racismo institucional, cultural, religioso, sexual, ambiental etc.

Isso ocorre porque o racismo, como qualquer fenômeno social, também passou e passa por mudanças, além de ter-se adaptado às transformações semânticas e às novas formas de comunicação. Além disso, há uma infinidade de modos de racialização e muitas lógicas de diferenciação

⁷ Considera-se que o conceito sociológico de *nomeação jurídica*, elaborado por Bourdieu (2010, p. 237-238), não foi maculado por suas críticas precipitadas a respeito das questões raciais brasileiras no texto intitulado *Sobre as artimanhas da razão imperialista*. Aqui, interessa apenas a abordagem sociológica do conceito de *nomeação jurídica*, entendendo-se que a visão de Bourdieu e Wacquant (2002) sobre os novos estudos raciais brasileiros não conseguiu compreender a complexidade das relações raciais no Brasil, tampouco nos Estados Unidos. Para críticas a essa visão da questão racial, ver Bortoluci, Jackson e Pinheiro Filho (2015); French (2002); Hanchard (2002); e Pinho e Figueiredo (2002).

(CHEBEL D'APPOLLONIA, 1998, p. 8-10). Dessa forma, o Direito deve estar atento às mudanças e disposto a reconhecer a mutabilidade e a variabilidade do racismo, sob pena de tornar-se seu agente legitimador caso não saiba fazer-lhe a devida nomeação.

A *não nomeação* jurídica das novas formas do racismo dá margem a uma omissão estatal: não reconhecer que o próprio Estado é ambiente de produção e reprodução do racismo, que não foi eliminado em 1888, pois continuou nas relações sociais e na própria estrutura estatal, ainda que décadas mais tarde houvesse a nomeação do racismo individual⁸. No campo das políticas públicas patrimoniais, numa sociedade alicerçada em hierarquias que mesclam racialização e classicismo social, o racismo ocultou-se de forma institucional e cultural. De forma institucional porque as instituições não o encaram, fingindo que ele não existe e acreditando no mito da democracia racial ou que o racismo é problema dos “outros”, e não “nosso”.

Assim é o racismo brasileiro: sem cara. Travestido em roupas ilustradas, universalistas, tratando-se a si mesmo como anti-racismo, e negando, como anti-nacional, a presença integral do afro-brasileiro ou do índio-brasileiro. Para este racismo, o racista é aquele que separa, não o que nega a humanidade de outrem; desse modo, racismo, para ele, é o racismo do vizinho (o racismo americano) (GUIMARÃES, 2009, p. 60).

O racismo institucional é complementado pelo cultural, no qual os valores escolhidos para representar a Nação eram de uma tradição luso-brasileira, eurocentrada e branca, considerando-se por muito tempo os elementos das culturas indígenas e negras como formas que não mereciam a distinção patrimonial da Nação, prática que teve como marco divisor, no âmbito do IPHAN, o tombamento da Casa Branca (INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 1982a) e o da Serra da Barriga (Quilombo dos Palmares) na década de 1980. Eles abriram fissuras jurídicas que dessacralizaram o instituto do tombamento e possibilitaram à CRFB tratar a questão sob uma perspectiva inovadora e antirracista – apesar de o texto constitucional não fazer essa nomeação –, em verdadeiro reconhecimento do fenômeno da *quilombagem*⁹.

⁸ Lei nº 1.390/1951, conhecida como Lei Afonso Arinos, que “inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor [sic]” (BRASIL, [1985]). Em 1988, graças aos esforços do movimento negro, a CRFB transformou o racismo em crime, mas contam-se nos dedos de uma mão as pessoas punidas por crime de racismo, sendo o mais comum que casos de flagrante racismo sejam tipificados em outros capítulos das leis penais pelos próprios advogados das vítimas, que só assim têm chances reais de ganhar as causas (GUIMARÃES, 2009, p. 60). Recentemente, tem havido forte mobilização para mudança desse quadro.

⁹ Ao diferenciar *quilombagem* de *quilombo*, Moura (1992, p. 25, 2001, p. 110-114) afirma que o fenômeno da *quilombagem* tem como epicentro o *quilombo*, mas nele podem

Alicerçado nisso, ao analisar os quilombos como agentes de mudança social e resistência cultural¹⁰, Moura entende a *quilombagem* como movimento de rebeldia permanente organizado e dirigido pelos escravizados. Durante o escravismo brasileiro, remeteu-se ao movimento de mudança social que representou uma força de desgaste significativa para o sistema escravista, minando suas bases em diversos níveis (econômico, social, militar) e influenciando para que entrasse em crise e fosse substituído pelo sistema de trabalho livre (MOURA, 1992, p. 22).

O prestígio e a distinção patrimonial da CRFB relativamente aos quilombos não são em vão. Para Moura (1992, p. 22), a *quilombagem* foi um movimento de emancipação que antecedeu em muito o movimento liberal abolicionista, já que tinha caráter mais radical, sem nenhum elemento de mediação – entre o seu comportamento dinâmico e os interesses da classe senhoria – que não a violência; por isso, poderia consolidá-la ou destruí-la: de um lado os escravizados rebeldes e, de outro, os seus senhores e o aparelho de repressão a essa rebeldia.

O percurso histórico que permeou as Constituições brasileiras até 1988 marcou-se pela invisibilidade das populações negras e das garantias relacionadas às terras tradicionalmente ocupadas ao longo dos séculos. O processo político-jurídico colonial não levou em consideração a existência dos grupos étnicos-racializados como sujeitos de direitos ativos e com igualdade de condições para verem resguardadas suas culturas¹¹ (SILVA; PONTES; MILANO, 2017, p. 135). Essa invisibilidade processou-se por meio do silêncio normativo, ou seja, da *não nomeação* dos quilombos. Deixou-se, então, que o Direito não fizesse qualquer tipo de nomeação a tais comunidades, como se não existissem, como se fossem ocultas, ou nomeasse as suas identidades em categorias genéricas como a de camponeses ou trabalhadores rurais, sem quaisquer questionamentos que levassem a comprovar suas trajetórias históricas e sua composição racial predominantemente negra.

ser englobadas todas as manifestações de resistência da parte do escravo. Semelhantemente posiciona-se Gomes (1997, p. 14-19), para quem houve diversas formas de resistência à escravidão, de *aquilombamento*, as quais não correspondiam necessariamente à fuga ou ao enfrentamento.

¹⁰ Durante a escravidão, o negro transformou não apenas a sua religião, mas todos os padrões das suas culturas em uma cultura de resistência social. Essa cultura de resistência, que parece amalgamar-se no seio da cultura dominante, no entanto, desempenhou durante a escravidão um papel de resistência social, o qual perdura até hoje, que muitas vezes escapa aos seus próprios agentes – uma função de resguardo contra a cultura dos opressores (MOURA, 1992, p. 34-35).

¹¹ A problemática não atingiu apenas o Brasil. Thiaw (2012, p. 16), ao analisar as apropriações culturais na Senegâmbia, lembra que o poder colonial negava toda a historicidade e criatividade cultural aos grupos locais, chegando até a apropriar-se de certos monumentos percebidos como oriundos da difusão, com base em outros focos de civilizações pré-determinadas.

Assim, para a população negra brasileira, o 13 de maio de 1888 abriu um novo período de discriminação e desrespeito em que o Estado e o sistema jurídico tiveram papel preponderante, visto que a aquisição da “cidadania plena” extinguiu as categorias livre e liberto, passando a considerar a todos cidadãos brasileiros, pelo instrumento da declaração dos Estados Unidos do Brasil de 1891¹² (BERTÚLIO, 1989, p. 4), mas o voto universal, por exemplo, permaneceu restrito aos alfabetizados até 1988¹³, o que excluía de fato a população analfabeta, em sua maior parte negra (GUIMARÃES, 2009, p. 60).

Com a CRFB, criaram-se fissuras na falta de nomeação a institutos e categorias jurídicas, pois se eliminou o silêncio que anteriormente aprisionava as comunidades quilombolas na invisibilidade jurídica. Almeida (2011, p. 91-92) destaca que a “engenharia jurídica para institucionalizar a expressão ‘remanescentes das comunidades de quilombos’ evidenciaria a tentativa de reconhecimento formal de uma transformação social considerada como incompleta”; o movimento de “institucionalização incide sobre ‘resíduos’ e

‘sobrevivências’, revelando as distorções sociais de um processo de abolição da escravatura bastante limitado e parcial”; a continuidade, por seu turno, seria percebida quando os direitos e os interesses tutelados são apresentados sob a racionalidade colonial e proprietária de outrora (SILVA; PONTES; MILANO, 2017, p. 136).

Além disso, a CRFB estabeleceu medida antirracista em favor da memória dos quilombos, ao determinar o tombamento de “todos os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (art. 216, § 5º). Pode-se até argumentar que tenha havido “populismo constitucional”, de impensável efetividade e concretização; não se trata disso, mas de norma que está a ter construído o seu real conteúdo, isto é, de norma constitucional plenamente realizável e cujo mérito maior é colocar a memória dos quilombos na narrativa do Estado-nação que a própria CRFB já havia traçado, rompendo com a tradição patrimonial eurocentrada e materializada ao estabelecer que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º).

Dessa forma, a patrimonialidade quilombola alçou-se ao nível de distinção patrimonial que nenhum outro elemento da cultura brasileira recebeu, o que tem a ver com o único caso de tombamento previsto na própria CRFB. Isso não pode ser lido ou interpretado como mera retórica ou simbolismo constitucional. Além de seu conteúdo realizável e necessário, há um ideal. Existe uma mensagem de retomada e reescrita do projeto de Nação, no qual os quilombolas foram e são protagonistas, merecendo não apenas a distinção patrimonial (art. 216, § 5º), mas o reconhecimento de todos os direitos que lhes são inerentes como sujeitos contemporâneos de uma República que se quer refundar e reconstruir. Se o projeto de Nação estabelecido em 1891 não deu

¹² “Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º – Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. § 2º – *Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho*” (BRASIL, [1934], grifo nosso).

¹³ É representativa disso, por exemplo, a não concessão de cidadania formal pela Constituição de 1891 aos analfabetos e aos mendigos, evidentemente de maioria negra: “Art. 70 – São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º – Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) *os mendigos*; 2º) *os analfabetos*; 3º) *as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior*; 4º) *os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual*” (BRASIL, [1934], grifo nosso). Não é difícil presumir quem eram os analfabetos e os mendigos. Apesar de criticada, a CRFB facultou aos analfabetos o direito ao voto (art. 14, § 1º, II, a) (BRASIL, [2019a]).

certo – e obviamente não daria mesmo, já que não teve o mínimo pudor em considerar a sua população recém-liberta –, o projeto de Nação que a CRFB quer implantar requer o desmascaramento do racismo, demanda que a resistência negra, indígena e de outros grupos formadores venham a compor a narrativa oficial, requer que as diferenças raciais sejam explicitadas a fim de que o princípio da igualdade seja aplicado de forma a contemplar as desigualdades mais evidentes e as dissimuladas por meio de um sistema racial complexo.

Nesse sentido, os estudos sobre o patrimônio cultural são relevantes para o entendimento dos processos de elaboração das identidades nacionais, já que as reflexões realizadas nesse campo articulam elementos como a determinação dos lugares de memória, a elaboração de narrativas e a criação de significados para compor as representações da nacionalidade; num cenário inicial de preservação patrimonial, em que somente edificações e monumentos de origem europeia eram valorizados, as justificativas para a não inserção de elementos indígenas ou afro-brasileiros originavam-se no discurso da ausência de vestígios materiais relacionados a outras matrizes culturais (LIMA, 2014, p. 6).

Então, os estudos relacionados ao reconhecimento desses patrimônios subalternizados podem ser o ponto de partida para uma reflexão que deve realizar-se de forma mais ampla, como a articulação das formas de salvaguardas do patrimônio cultural afro-brasileiro com outras demandas por direitos sociais que tenham origem nas limitações provocadas pelo racismo, uma vez que essas demandas incidem diretamente nas formas de produção e reprodução dos bens culturais e nas condições de existência das comunidades negras detentoras desse patrimônio cultural (LIMA, 2014, p. 9).

Além de outras formas de proteção jurídica que já contemplam o patrimônio afro-brasileiro, o art. 216, § 5º, da CRFB é precioso instrumento em favor do reconhecimento e da inclusão de parcela dessa patrimonialidade insurgente, os quais ocorrem sob o aspecto tanto da materialidade quanto da imaterialidade, uma vez que o sistema constitucional prestigiou essa dualidade patrimonial (art. 216, *caput*), apesar das críticas que suscita. Nesse viés, um dos equívocos relacionados à patrimonialidade dos quilombos é não os perceber como produtores de cultura material (FERREIRA, 2009, p. 10-16) e considerar que eles só tenham produzido cultura imaterial ou “folclore”.

O Estado-nação apropriou-se da cultura negra quando lhe foi conveniente afirmar o mito fundador; quando não houve conveniência, subalternizou-a e combateu-a. Moura (1992, p. 35) lembra que isso aconteceu com seus instrumentos – que passaram a ser instrumentos típicos –, rituais, manifestações musicais, indumentária e cozinha sagrada do candomblé –

muitas vezes considerado simplesmente “folclore”, duvidando-se do seu caráter religioso¹⁴, em atitude que fomenta o racismo religioso¹⁵. Com isso, subalternizou-se o mundo cultural dos africanos e dos seus descendentes; a dominação cultural foi acompanhada da dominação social e econômica; e o sistema de controle social passou a dominar todas as manifestações culturais negras, que tiveram, em contrapartida, de criar mecanismos de defesa contra a cultura dominadora (MOURA, 1992, p. 35).

É de se registrar que a produção intelectual posterior à década de 1930 – que foi, depois de um primeiro momento de indistinção conceitual, um tempo de afirmação do Estado-nação, progressivamente institucionalizada, disciplinada e adaptada às práticas divisórias do discurso acadêmico – passou a designar os indivíduos de ascendência africana como *negros*, ligando-os à ideia de raça, assim como a dedicar aos de origem americana a designação de *índios*, ligando-os à ideia de etnia, podendo-se afirmar que a cada um desses dois recortes da população submetida aos aparelhos e à ideologia do Estado brasileiro coube uma tradição acadêmica, cada uma com o seu próprio panteão de autores, seu repertório teórico, suas categorias de análise, seus diagnósticos sobre a realidade brasileira. Da mesma forma, o Estado produziu expedientes de controle cultural e social diferentes para cada um desses recortes, gerando formas distintas de lidar com a alteridade representada por indivíduos não brancos, “incivilizados”, “inferiores” em termos mentais e culturais que, no entanto, precisavam ser assimilados ou absorvidos pela Nação brasileira (ARRUTI, 1997, p. 9).

Nessa perspectiva, embora o pensamento nacional predominante no campo de patrimônio cultural tenha sido moldado por muito tempo pela ideia de monumentos e com conceitos de patrimônio material visando à preservação, essas ideias ampliaram-se e formataram uma proposta em que o conceito de *patrimônio cultural* se fundamenta na referência de processos culturais. Ressalte-se que a preocupação com a construção de um adequado conceito de *patrimônio* incide na discussão sobre a Nação,

¹⁴ A questão é tão grave que, mesmo em um Estado intitulado laico desde o Decreto nº 119-A, de 7/1/1890 (BRASIL, [2002]), no século XXI há afirmação de agente do Estado, em decisão judicial, referindo-se a religiões afro-brasileiras, especificamente Umbanda e Candomblé, da seguinte forma: “ambas manifestações de religiosidade não contêm os traços necessários de uma religião a saber, um texto base (corão, bíblia etc.) [sic] ausência de estrutura hierárquica e ausência de um Deus a ser venerado” e “as manifestações religiosas afro-brasileiras não se constituem em religiões, muito menos os vídeos contidos no Google refletem um sistema de crença – são de mau gosto, mas são manifestações de livre expressão de opinião” (BRASIL, 2014, p. 154).

¹⁵ O STF julgou o Recurso Extraordinário (RE) 494.601 (BRASIL, 2019b), em que se discutia a constitucionalidade de lei do Rio Grande do Sul que dispunha sobre a consagração de animais em ritos das religiões de matriz afro-brasileira. Em que pese a forte presença do batuque no Rio Grande do Sul, chama atenção o fato de nenhum terreiro ter reconhecida sua patrimonialidade pelo IPHAN nesse Estado.

a identidade e a territorialidade nacionais; assim, a identidade e a territorialidade são dois requisitos fundamentais para a definição de referência cultural, e esta, por sua vez, para os conceitos ampliados do que vêm a ser os patrimônios culturais materiais e imateriais; a referência cultural tem vinculação com a relação de pertencimento da “nossa identidade” e com a “nossa territorialidade” (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 163).

Parece cada vez mais se expandir a articulação entre a nova agenda patrimonial de valorização de expressões culturais afro-brasileiras, elevadas a ícones da “resistência à opressão histórica sofrida”, e as ações de reivindicação pela titulação de remanescentes de quilombo (MATTOS; ABREU, 2009, p. 271). Na atualidade, algumas definições conceituais de comunidades de quilombos ou de remanescentes de quilombos são produzidas como respostas à necessidade de solução dos problemas estruturais, históricos, culturais e jurídicos dessas populações. Tal solução deve estar articulada aos conceitos de patrimônio cultural e de bens materiais e imateriais. Território, cultura, identidade e história são as categorias mais comumente presentes na discussão conceitual de quilombos como patrimônio histórico ou patrimônio cultural (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 163).

4 Considerações finais

Estudar os quilombos, na sua historicidade ou patrimonialidade, ou no seu aspecto arqueológico, é tentar trazê-los para uma narrativa que os ignorou, já que a CRFB menciona “sítios”. As fontes arqueológicas, que são materiais e locais, não oferecem simplesmente uma perspectiva deliberadamente local sobre os processos globais, mas permitem desnudar os silêncios na história, pois têm um potencial único para recuar no tempo e comparar as mudanças dos períodos pré-coloniais, coloniais e pós-coloniais. Essa perspectiva de longa duração é importante no sentido de permitir colocar em relevo os diferentes estratos da evolução da vida social, econômica e política e, daí, determinar os atores, as causas e as consequências (THIAW, 2012, p. 23).

Tal preocupação corresponde a uma necessidade de quebrantar a lógica monista do processo de dominação colonial, sendo que medidas antirracistas no âmbito da Unesco¹⁶ são preocupação que já faz parte da agenda desse organismo – exemplo disso no Brasil é o reconhecimento do Cais do Valongo como patrimônio cultural da humanidade. Deve-se, pois, considerar o direito humano fundamental aos patrimônios culturais que

¹⁶ A respeito de antirracismo no âmbito da Unesco, ver Grondona (2016).

decisivamente se situem no caminho do pluralismo e da interculturalidade, que critiquem o patrimônio singular ou a ideia de monopatrimonialidade, entendida como a ideia de Nação monocultural, que identifica a matriz de colonialidade do poder, do saber e do ser que o atravessa e que dá conta de direitos mais específicos, de indivíduos e grupos em torno dos processos de seleção e gestão patrimonial (COLOMBATO; MEDICI, 2016, p. 69).

A ideia de monopatrimonialidade, fundada na matriz da colonialidade, deve ser confrontada com os patrimônios insurgentes, aqueles que ficaram à margem das narrativas oficiais e que agora podem mostrar-se evidentes e demonstrar perspectivas não hegemônicas e dissidentes. Assim, as medidas antirracistas no Brasil, como as patrimoniais, têm o desafio de não cair na paralisia a um só tempo relativista e fatalista, ou seja, não aceitar, como traço definidor da Nação, aquilo que se critica, não se podendo dispensar um tratamento formalmente igual aos que são tratados como pertencentes a um estamento inferior. As políticas de ação afirmativa têm compromisso com o ideal de tratarmos todos como iguais (GUIMARÃES, 2009, p. 196), pois no Brasil nomear a cor ainda hierarquiza e implica quebrar o pacto de silêncio sobre o passado escravista, celebrado entre os cidadãos brasileiros livres em plena vigência da escravidão. Passados mais de cem anos da abolição, romper com a ética do silêncio é, paradoxalmente, o caminho possível para reverter o processo de hierarquização cristalizado no tempo e instaurar um universalismo almejado, mas não atingido, desde o século XIX (MATOS, 2005-2006, p. 111).

Nessa perspectiva, o tombamento dos sítios detentores das reminiscências históricas dos antigos quilombos emerge como prática patrimonial antirracista, já que evidencia a resistência quilombola ao processo jurídico, político, social e econômico constituinte da escravidão. Demonstra que os escravizados, dentro das limitações que lhe eram impostas, contribuíram para a construção do Estado-nação e que seu protagonismo foi valorizado pela CRFB.

A inclusão das patrimonialidades dissidentes na narrativa do Estado-nação ultrapassa o reconhecimento jurídico-formal no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. Esse reconhecimento, após negativas, é resultado de lutas e requer inclusão, a qual é melhor efetivada se forem formuladas políticas públicas que pressuponham o diálogo com as suas especificidades e diferenças. Se, no passado, o Direito representou para a população quilombola a força do racismo, hoje ele significa a possibilidade de construção de um antirracismo, já que a memória resistente se alçou a um patamar de positividade, de retirada dos silêncios, deu voz às memórias e histórias daqueles que resistiram à escravidão e criou fissuras num sistema jurídico perverso, o qual não teve como resistir,

cedendo à abolição. Além disso, no campo da simbologia constitucional, o reconhecimento e a inclusão do tombamento quilombola representam a possibilidade de sujeitos subalternizados serem protagonistas não só de suas histórias, mas da História do próprio Estado-nação, como sujeitos que foram silenciados no âmbito da oficialidade.

Representa, ainda, a ideia segundo a qual a História é escrita por aqueles que a narram. Essa narrativa está ao alcance dos sujeitos subalternizados, os quais têm possibilidades de reescrever seus destinos, de contribuir para mudanças na superestrutura econômica, social, política e jurídica da Nação. Pode parecer devaneio, utopia, mas trata-se de uma proposta constitucional que não pode ser apagada, tampouco transformada em mais “esquecimentos da memória” constitucional brasileira.

Sobre o autor

Paulo Fernando Soares Pereira é doutor em Direito, Constituição e Democracia pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão, São Luís, MA, Brasil; procurador federal, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil.
E-mail: paulofsp1983@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

PEREIRA, Paulo Fernando Soares. E os negros? Onde estão os negros?: antirracismo patrimonial e os quilombos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 131-153, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p131

(APA)

Pereira, P. F. S. (2020). E os negros? Onde estão os negros?: antirracismo patrimonial e os quilombos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 131-153. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p131

Referências

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2002. p. 43-81.

_____. *Quilombos e as novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011.

ARRUTI, José Maurício Andion. A emergência dos “remanescentes”: notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 7-38, out. 1997. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/S0104-93131997000200001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/mana/v3n2/2439.pdf>. Acesso em: 8 maio 2020.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*. 1989. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106299/PDPC0003-D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 maio 2020.

BORTOLUCI, José Henrique; JACKSON, Luiz C.; PINHEIRO FILHO, Fernando A. Contemporâneo clássico: a recepção de Pierre Bourdieu no Brasil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 94, p. 217-254, 2015. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/0102-64452015009400008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n94/0102-6445-ln-94-00217.pdf>. Acesso em: 8 maio 2020.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. Sobre as artimanhas da razão imperialista. *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, ano 24, n. 1, p. 15-33, 2002. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/S0101-546X2002000100002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/eea/v24n1/a02v24n1.pdf>. Acesso em: 8 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. *Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. *Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890*. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119-A.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. *Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003*. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro (17. Vara Federal). *Ação Civil Pública nº 0004747-33.2014.4.02.5101 (2014.51.01.004747-2)*. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Google Brasil Internet Ltda. Juiz Federal: Eugenio Rosa de Araujo, 28 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-negou-retirada-videos.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. *Lei nº 1.390, de 3 de junho de 1951*. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos [...]. Requerente: Democratas. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Cezar Peluso. Redatora do acórdão: Min. Rosa Weber, 8 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 494.601/RS*. Direito constitucional. Recurso extraordinário com repercussão geral. Proteção ao meio ambiente. Liberdade religiosa. Lei 11.915/2003 do Estado do Rio Grande do Sul. Norma que dispõe sobre o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul; Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 28 de março de 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341718509&text=.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

CHEBEL D'APPOLLONIA, Ariane. *Los racismos cotidianos*. Tradução de Juan Vivanco. Barcelona: Bellaterra, 1998. (La Biblioteca del Ciudadano).

CHUVA, Márcia. Forjar patrimônio em campo: deslocamentos e missões no Brasil e na África. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 57, p. 29-48, jan./abr. 2016. DOI: <https://dx.doi.org/10.1590/S0103-21862016000100003>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/59117/60254>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Fundando a nação: a representação de um Brasil barroco, moderno e civilizado. *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 313-333, jul./dez. 2003. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2237-101X004007004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/topoi/v4n7/2237-101X-topoi-4-07-00313.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

COLOMBATO, Lucía Carolina; MEDICI, Alejandro Marcelo. El derecho humano a los patrimonios culturales en clave decolonial. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, [Recife], v. 3, n. 3, p. 67-95, set./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.21910/rbsd.v3n3.2016.102>. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/102>. Acesso em: 12 maio 2020.

CUNHA JUNIOR, Henrique Antunes. Quilombo: patrimônio histórico e cultural. *Revista Espaço Acadêmico*, [Maringá], v. 11, n. 129, p. 158-167, fev. 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/14999>. Acesso em: 12 maio 2020.

FERREIRA, Lúcio Menezes. Arqueologia da escravidão e arqueologia pública: algumas interfaces. *Vestígios: Revista Latino-Americana de Arqueologia Histórica*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 9-23, jan./jun. 2009. DOI: <https://doi.org/10.31239/vtg.v3i1.10710>. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/vestigios/article/view/11908/8645>. Acesso em: 12 maio 2020.

FIABANI, Adelmir. O quilombo antigo e o quilombo contemporâneo: verdades e construções. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 24., 2007, [São Leopoldo]. [Anais]. [São Leopoldo]: ANPUH, 2007. p. 1-10. Disponível em: <http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Adelmir%20Fiabani.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

FISCHER, Brodwyn; GRINBERG, Keila; MATTOS, Hebe. Direito, silêncio e racialização das desigualdades na história afro-brasileira. In: ANDREWS, George Reid; FUENTE, Alejandro de la (org.). *Estudos afro-latino-americanos: uma introdução*. Tradução de Mariângela de Mattos Nogueira e Fábio Baqueiro Figueiredo. Buenos Aires: CLACSO, 2018. p. 163-215. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20181206024023/EstudiosAfro_PT.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ: IPHAN, 1997.

FRENCH, John. Passos em falso da razão antiimperialista [sic]: Bourdieu, Wacquant, e o Orfeu e o Poder de Hanchard. Tradução de Fabio Durão. *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, ano 24, n. 1, p. 97-140, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-546X2002000100005>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2002000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 maio 2020.

GOMES, Flávio dos Santos. *A hidra e os pântanos: quilombos e mocambos no Brasil (sécs. XVII-XIX)*. 1997. Tese (Doutorado em História) – Departamento de História, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1997. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280897>. Acesso em: 12 maio 2020.

GRONDONA, Ana. Antirracismo y discurso científico para las masas (1948-1960): reflexiones em torno de la “divulgación”. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 24, p. 191-211, enero/jun. 2016. DOI: <https://doi.org/10.25058/20112742.63>. Disponível em: <https://www.revistatabularasa.org/numero24/anti-racismo-y-discurso-cientifico-para-las-masas-1948-1960-reflexiones-en-torno-de-la-divulgacion/>. Acesso em: 12 maio 2020.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e antirracismo no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

HANCHARD, Michael. Política transnacional negra, antiimperialismo [sic] e etnocentrismo para Pierre Bourdieu e Loïc Wacquant: exemplos de interpretação equivocada. Tradução de Angela Melim. *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, ano 24, n. 1, p. 63-96, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-546X2002000100004>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-546X2002000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 maio 2020.

IMPERIO DO BRAZIL. *Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888*. Declara extinta a escravidão no Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, 1888. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Processo nº 1.067-T-82*. Tombamento do Terreiro da Casa Branca do Engenho Velho, Sociedade São Jorge do Engenho Velho, ou Ilê Axé Iyá Nassô Oká, Salvador/BA. Brasília, DF: IPHAN, 1982a.

_____. *Processo nº 1.069-T-82*. Tombamento da Serra da Barriga (Quilombo dos Palmares), União dos Palmares/AL. Brasília, DF: IPHAN, 1982b.

_____. *Processo nº 1.428-T-98*. Tombamento das reminiscências históricas do antigo Quilombo do Ambrósio, Ibiá/MG. Brasília, DF: IPHAN, 1998.

LEITE, Ilka Boaventura. O projeto político quilombola: desafios, conquistas e impasses atuais. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 965-977, set./dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2008000300015>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000300015>. Acesso em: 12 maio 2020.

LIMA, Alessandra Rodrigues. Reconhecimento do patrimônio cultural afro-brasileiro. *Revista Palmares: cultura afro-brasileira*, Brasília, DF, ano 10, n. 8, p. 6-15, nov. 2014. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2014/12/Revista-PALMARES-2014-BAIXA.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

MATTOS, Hebe; ABREU, Martha. “Remanescentes das comunidades dos quilombos”: memória do cativo, patrimônio cultural e direito à reparação. *Habitus*, Goiânia, v. 7, n. 1, p. 265-288, jan./dez. 2009. DOI: <http://dx.doi.org/10.18224/hab.v7.1.2009.%25p>. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/habitus/article/view/2016>. Acesso em: 12 maio 2020.

MATTOS, Hebe. “Remanescentes das comunidades dos quilombos”: memória do cativo e políticas de reparação no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 68, p. 104-111, dez./fev. 2005-2006. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i68p104-111>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13486>. Acesso em: 12 maio 2020.

MOURA, Clóvis. A quilombagem como expressão de protesto radical. In: _____ (org.). *Os quilombos na dinâmica social do Brasil*. Maceió: EDUFAL, 2001. p. 103-115.

_____. Escravidão, colonialismo, imperialismo e racismo. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 14, p. 124-137, 1983. DOI: <http://dx.doi.org/10.9771/aa.v0i14.20824>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20824>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. *História do negro brasileiro*. São Paulo: Ática, 1992. (Série Princípios).

NASCIMENTO, Beatriz. O conceito de quilombo e a resistência cultural negra. In: RATTI, Alex. *Eu sou atlântica: sobre a trajetória de vida de Beatriz Nascimento*. São Paulo: Instituto Kuanza: Imprensa Oficial, 2006. p. 117-125. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.com.br/downloads/pdf/projetossociais/eusouatlantica.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. (Biblioteca Jurídica WMF).

PINHO, Osmundo de Araújo; FIGUEIREDO, Ângela. Ideias fora do lugar e o lugar do negro nas ciências sociais brasileiras. *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, ano 24, n. 1, p. 189-210, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-546X2002000100008>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-546X2002000100008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 12 maio 2020.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1995. (Série Terceira Margem).

RODRIGUES, Nelson. Solidão negra. In: _____. *A cabra vadia: novas confissões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 44-47.

SEGATO, Rita Laura. *O Édipo brasileiro: a dupla negação de gênero e raça*. Brasília, DF: UnB, Departamento de Antropologia, 2006. (Série Antropologia, 400). Disponível em: <http://dan.unb.br/images/doc/Serie400empdf.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

SILVA, Eduardo Faria; PONTES, Daniele Regina; MILANO, Giovanna Bonilha. Terras quilombolas no Brasil: das técnicas de dominação colonial ao reconhecimento democrático-constitucional. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, [Recife], v. 4, n. 2, p. 126-147, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.21910/rbsd.v4n2.2017.139>. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/139>. Acesso em: 13 maio 2020.

SOUSA, José Reinaldo Miranda de. Quilombos (palenques), terras de pretos: identidades em construção. *Revista Brasileira do Caribe*, [São Luís], v. 11, n. 22, p. 33-57, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.periodicoselronicos.ufma.br/index.php/rbrascaribe/article/view/657/415>. Acesso em: 14 maio 2020.

SOUZA, Rodrigo Gonçalves de. *Luta por reconhecimento e processo legislativo: a participação das comunidades remanescentes de quilombos na formação do art. 68 do ADCT*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/14474>. Acesso em: 13 maio 2020.

THIAW, Ibrahim. História, cultura material e construções identitárias na Senegâmbia. Tradução de Alba Valéria Tinoco da Silva e Marcelo Nascimento Bernardo da Cunha. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 45, p. 9-24, 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.9771/aa.v0i45.21248>. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/21248>. Acesso em: 13 maio 2020.

TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silenciando o passado: poder e a produção da história*. Tradução de Sebastião Nascimento. Curitiba: Huya, 2016. (Série Clássicos. Coleção Avakuaaty – PPGAS Unicamp).

A influência da liberdade econômica nos índices de aferição da qualidade das democracias

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO

JEFFERSON APARECIDO DIAS

WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER

Resumo: O presente trabalho investiga, com base em índices estatísticos elaborados por organizações e institutos de pesquisa internacionais, a possível relação entre liberdade econômica e percepção da qualidade das democracias. Explora a conceituação teórica de liberdade econômica sob a ótica liberal clássica e os principais índices de aferição dessa liberdade em diferentes países. Em seguida, pondera as noções vinculadas à democracia e analisa os mecanismos produzidos por institutos e *think tanks* internacionais para a verificação da qualidade das democracias ao redor do mundo. Por fim, examina os elementos teóricos e estatísticos que confirmam a correlação entre o grau de liberdade e desenvolvimento econômico de uma sociedade e seu nível de liberdade política e desenvolvimento da democracia. Os métodos para a elaboração do estudo foram a pesquisa bibliográfica e a análise dedutiva de informações e dados estatísticos.

Palavras-chave: Liberalismo. Liberdade econômica. Democracia. Índices de democracia.

The influence of economic freedom on the quality measurement indexes of democracies

Abstract: This paper aims to investigate, on the basis on statistical indexes worked up by international research organizations, the likely relationship between economic freedom and the perception of the quality of democracies. It probes into the theoretical concept of economic freedom as conceived from a classical liberal perspective as well as the major measurement indexes of such freedom as applied in different countries. Furthermore, it ponders the various democracy-related notions and analyses the mechanisms used by international institutes and think tanks with a view to assess the quality of democracies the world over. Finally,

Recebido em 5/3/20
Aprovado em 11/4/20

it examines both the theoretical and statistical elements confirming the correlation between the degree of freedom and economic development of a society and its level of political freedom and development of democracy. In carrying out the present study use was made of bibliographic research and the deductive analysis of information and statistical data.

Keywords: Liberalism. Economic freedom. Democracy. Democracy indexes.

1 Introdução

A relação entre liberdade econômica e liberdade política tem sido foco de intensos debates acadêmicos e ideológicos há muitas décadas em virtude da percepção de que aparentemente as democracias florescem, desenvolvem-se e firmam-se em sociedades nas quais os níveis de desenvolvimento econômico e educacional são altos. Contudo, faltou à discussão teórica a capacidade de verificar essa presunção de modo técnico e objetivo, limitação que foi sanada pela elaboração, por institutos de pesquisa, *think tanks* e organizações internacionais, de diversos índices estatísticos que, especialmente após a década de 1970, puderam captar e mensurar elementos que servissem como indicadores do grau de liberdade econômica e política das sociedades mundiais. Embasado pelos dados estatísticos fornecidos por esses índices, este trabalho propõe-se investigar se se confirma a percepção de que a qualidade de uma democracia tem íntima ligação com o grau de liberdade presente na sociedade, sobretudo a liberdade econômica.

Para o estudo do tema, buscou-se inicialmente perscrutar a noção de liberdade econômica, principalmente sob a lógica do livre mercado e do liberalismo clássico. Apresentaram-se os principais índices estatísticos desenvolvidos por diversas organizações internacionais para tentar mensurar o grau de liberdade econômica presente nas nações do mundo, explorando-se a metodologia aplicada pelo *Economic Freedom of the World* e, em especial, pelo *Index of Economic Freedom*.

Em seguida, passou-se a ponderar as diferentes noções vinculadas à ideia política primordial de nosso tempo – a democracia –, perpassando o desenvolvimento histórico desse sistema político para, por fim, articulando os elementos obtidos pela pesquisa bibliográfica, apresentar um conceito de democracia.

Na seção seguinte, foram apresentados os índices utilizados para a captação de dados que permitem analisar o estado e a qualidade das democracias nas sociedades contemporâneas, ainda que de forma limitada e nem

sempre precisa em razão da complexidade dos sistemas políticos de cada país e das limitações da metodologia empregada pelos procedimentos estatísticos na obtenção de seus resultados.

Finalmente, considerou-se a possibilidade de relacionar o nível de liberdade e desenvolvimento econômico com o grau de desenvolvimento e solidez da democracia em determinada sociedade, com base na análise conjugada dos índices de aferição de liberdade econômica e de democracia.

Para a elaboração deste estudo, foi realizada extensa pesquisa bibliográfica em fontes nacionais e estrangeiras, e utilizado o método dedutivo para, com base na reflexão e análise dos subsídios coletados, contribuir de forma significativa para o entendimento da relação entre liberdade e desenvolvimento humano.

2 A liberdade econômica

O conceito de liberdade econômica pode ser entendido como a capacidade de os indivíduos de determinada sociedade exercerem atividades econômicas sem se sujeitarem a qualquer ato restritivo de outro agente, seja ele um ente privado ou estatal (BRONFENBRENNER, 1955): quanto menor a restrição, maior a liberdade econômica.

Uma das principais abordagens do conceito de liberdade econômica – expressão largamente utilizada em debates políticos e econômicos, assim como na Filosofia da Economia (SEN, 2002) – é a das escolas econômicas liberais clássicas e das libertárias, que enfatizam a necessidade da propriedade privada, da livre iniciativa e do livre mercado (BRONFENBRENNER, 1955). Outra abordagem amplia o estudo da economia individual para a economia do bem-estar (*welfare*), entendendo a liberdade econômica como proveniente de um “maior” (em sentido técnico) conjunto de escolhas disponíveis para os

agentes econômicos de determinada sociedade (ROWLEY; SCHNEIDER, 2004).

Outras concepções de liberdade econômica de menor relevância incluem o direito a um padrão de vida adequado ou a liberdade de viver sem penúria – *freedom from want* –, conceito retirado do célebre discurso *The Four Freedoms*, proferido pelo presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt ao Congresso de seu país em 1941 (BRONFENBRENNER, 1955) e, ainda, a liberdade para negociações coletivas entre trabalhadores e seus empregadores (JACOBY, 1998).

2.1 A abordagem liberal clássica

Pelo prisma liberal clássico, define-se a liberdade econômica como a liberdade de produzir, comercializar e consumir quaisquer bens e serviços sem o uso de força, fraude ou roubo (BHALLA, 1997). Incorporada ao Estado de Direito, aos direitos de propriedade e à liberdade de contrato, caracteriza-se pela abertura externa e interna dos mercados, pela proteção dos direitos de propriedade e pela liberdade de iniciativa econômica (HARPER, 2003).

Do ponto de vista do livre mercado, são essenciais para a liberdade econômica a segurança jurídica e a garantia do direito à propriedade privada, que compreende tanto o direito de controlar e se beneficiar da propriedade quanto o de transferi-la voluntariamente. Esses direitos oferecem às pessoas a possibilidade de autonomia e autodeterminação de acordo com seus valores e objetivos pessoais (HARPER, 2003).

O economista Milton Friedman vê o direito à propriedade como “o mais fundamental dos direitos humanos e uma base essencial para outros direitos humanos” (FRIEDMAN; FRIEDMAN, 1998, p. 605, tradução nossa). Com os direitos relativos à propriedade protegidos, as pessoas são livres para escolher como usá-la, lucrar com

ela e transferi-la para qualquer outra pessoa, desde que o façam voluntariamente e não recorram a força, fraude ou roubo. Em tais condições, a maioria das pessoas pode alcançar maior liberdade e desenvolvimento pessoal do que sob um regime de coerção governamental. Um sistema seguro de direitos de propriedade também reduz a incerteza, incentiva os investimentos e cria condições favoráveis para que a economia seja bem-sucedida (SIEGAN, 1997).

Evidências empíricas sugerem que países com fortes sistemas de direitos de propriedade têm taxas de crescimento econômico quase duas vezes mais altas do que aquelas de países com sistemas de direitos de propriedade fracos e que um sistema de mercado com direitos de propriedade privada significativos é uma condição essencial para a democracia (WEIMER, 1997).

De acordo com Soto (2003), grande parte da pobreza nos países do Terceiro Mundo é causada pela falta de um sistema de leis e direitos de propriedade bem definidos e universalmente reconhecidos em seus ordenamentos jurídicos. O autor argumenta que, nesses países, por causa de barreiras legais, as pessoas pobres não podem utilizar seus ativos para produzir mais riqueza (SOTO, 2003).

No Brasil, apesar das crises econômicas e dos graves entraves sociais, o art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, [2019]) preconiza que a ordem econômica nacional é fundada na valorização da livre iniciativa, da livre concorrência, na proteção do direito à propriedade privada e no livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo disposições em contrário previstas em lei.

Todavia, conforme observa Nunes (2010, p. 157, grifo nosso), as ideais liberais ainda encontram forte resistência no Brasil:

No Brasil, introduziu-se o constitucionalismo econômico com a Constituição de 1934, passando a ordem econômica a ter importância em nível constitucional. *Buscou-se frear o liberalismo, sendo a livre iniciativa um fundamento, mas não o único*. Em igual patamar hoje está a valorização do trabalho humano e o objetivo da justiça social.

Temos por certo que o legislador constituinte não quis que a livre iniciativa fosse o maior dos pilares da economia em detrimento dos valores sociais, do interesse público e a favor do desemprego e do capital estrangeiro. Nas economias ditas capitalistas, onde a concorrência é livre, incompatíveis se apresentam as figuras dos monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras formas de se descaracterizar a livre concorrência, impedindo a livre iniciativa.

Na concepção liberal, também é elemento indispensável à liberdade econômica um sistema jurídico que promova e assegure a liberdade de

contrato (liberdade de pactuação), ou seja, o direito de escolher as partes contratantes e negociar em quaisquer termos e condições que se julgar adequado. Pode-se, ainda, entender a liberdade de contrato como a liberdade de interferência do governo e da imposição de juízos de valor quanto à “justiça” do pactuado (ORTH, 1998, p. 64).

Uma das mais célebres noções de liberdade de contrato foi apresentada em 1875 pelo magistrado britânico *Sir George Jessel MR* (HEUGENS; OOSTERHOUT; VROMEN, c2003, p. 44, tradução nossa):

Sobretudo, se há algo que uma política pública exige é que os homens na maioria e de compreensão competente tenham a máxima liberdade de contratar, e que seus contratos, quando celebrados livre e voluntariamente, sejam considerados sagrados e sejam cumpridos pelos tribunais de justiça. Portanto, tem-se esta postura primordial a considerar – que não é permitido interferir levemente nessa liberdade de contrato¹.

É possível afirmar que as liberdades políticas e civis se expandiram simultaneamente com a economia baseada no mercado, ou seja, as liberdades econômica e política estão intimamente ligadas. Em *Capitalismo e Liberdade*, Friedman (2014) desenvolveu ainda mais o argumento de Friedrich Hayek de que a liberdade econômica, embora seja um componente extremamente importante da liberdade total, é também uma condição necessária para a liberdade política, bem como afirmou que o controle centralizado das atividades econômicas sempre foi acompanhado de repressão política. Em sua opinião, o caráter voluntário de todas as transações em uma economia de livre mercado e a ampla diversidade que ela permite são ameaças fundamentais aos líderes políticos repressivos e diminuem enormemente o poder de coagir. Com a eliminação do controle centralizado das atividades econômicas, o poder econômico é separado do poder político, e um pode servir como contrapeso ao outro. Friedman (2014) acredita que o capitalismo competitivo é especialmente importante para os grupos minoritários, uma vez que as forças de mercado impessoais protegem as pessoas da discriminação em suas atividades econômicas por razões não relacionadas à sua produtividade. No mesmo sentido, Von Mises ([1962], p. 38, tradução nossa) argumenta que a liberdade econômica e a liberdade política são mutuamente dependentes: “A ideia de que a liberdade política pode ser preservada na ausência de liberdade econômica, e vice-versa, é uma ilusão. A liberdade política é o corolário

¹No original: “If there is one thing more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider – that you are not lightly to interfere with this freedom of contract”.

da liberdade econômica. Não é por acaso que a era do capitalismo se tornou também a era do governo pelo povo”²

Em *The Road to Serfdom*, Hayek (1994, p. 95, tradução nossa) afirma que “o controle econômico não é meramente o controle de um setor da vida humana que pode ser separado do resto; é o controle dos meios para todos os nossos fins”. Hayek criticou as políticas socialistas, afirmando que elas seriam “a ladeira escorregadia que pode levar ao totalitarismo”.

2.2 Índices de liberdade econômica

Buscando uma forma de medir o índice de liberdade econômica dos países com base na visão liberal, Milton Friedman e Michael Walker, do Instituto Fraser, organizaram uma série de conferências sobre o tema, que resultaram em um relatório com indicadores sobre a liberdade econômica mundial, o *Economic Freedom of the World – EFW* (Liberdade Econômica do Mundo).

Segundo o Instituto Fraser, o EFW, originalmente desenvolvido por Gwartney, Lawson e Block (GWARTNEY; LAWSON; HALL; MURPHY, 2018), mede o grau em que as políticas e instituições dos países favorecem a liberdade econômica e é um dos instrumentos mais utilizados em estudos empíricos sobre o tema (HECKELMAN; STROUP, 2000). Os pilares da liberdade econômica são a escolha pessoal, a troca voluntária, a liberdade de entrar nos mercados e competir, a segurança da pessoa e da propriedade privada. Quarenta e dois pontos de dados são usados para construir um índice resumido e medir o grau de liberdade econômica em cinco grandes áreas (GWARTNEY; LAWSON; HALL; MURPHY, 2018, p. v, tradução nossa):

Área 1: Tamanho do Governo – À medida que os gastos do governo, a tributação e o tamanho das empresas controladas pelo governo aumentam, a escolha individual é substituída pela tomada de decisões do governo e a liberdade econômica é reduzida;

Área 2: Sistema Legal e Direitos de Propriedade – A proteção de pessoas e suas propriedades adquiridas legalmente é um elemento central tanto da liberdade econômica quanto da sociedade civil. De fato, é a função mais importante do governo;

Área 3: Dinheiro sadio – A inflação corrói o valor dos salários e economias ganhos com justiça. A moeda estável é, portanto, essencial para proteger os direitos de propriedade. Quando a inflação não é apenas alta, mas

²No original: “The idea that political freedom can be preserved in the absence of economic freedom, and vice versa, is an illusion. Political freedom is the corollary of economic freedom. It is no accident that the age of capitalism became also the age of government by the people”.

também volátil, torna-se difícil para os indivíduos planejar o futuro e, assim, usar a liberdade econômica de forma eficaz;

Área 4: Liberdade de Comércio Internacional – Liberdade de troca – em seu sentido mais amplo, compra, venda, contratos e assim por diante – é essencial para a liberdade econômica, que é reduzida quando a liberdade de intercâmbio não inclui empresas e indivíduos em outras nações;

Área 5: Regulamentação – Os governos não apenas usam uma série de ferramentas para limitar o direito de intercâmbio internacional, como também podem desenvolver regulamentos onerosos que limitam o direito de trocar, ganhar crédito, contratar ou trabalhar para quem você deseja ou operar livremente sua empresa.³

Por sua vez, o *Index of Economic Freedom* – IEF (Índice de Liberdade Econômica), desenvolvido pela The Heritage Foundation e pelo *The Wall Street Journal*, apresenta superioridade para o trabalho com dados em relação ao EFW, embora seja menos útil para comparações históricas porque só remonta a 1995 (HECKELMAN; STROUP, 2000).

Os dois índices – EFW e IEF – são os mais respeitados para a análise da temática aqui aventada e, de acordo com ambos, quanto maior a liberdade econômica, maior a percepção de felicidade pessoal pelo indivíduo (WILKINSON, 2007). Erik Gartzke, do Instituto Fraser, estima que os países com um alto índice de liberdade econômica são significativamente menos propensos ao envolvimento em guerras ou outros conflitos violentos (GWARTNEY; LAWSON; GARTZKE, 2005). Destaca-se, ainda, que os membros do World Bank Group usam o IEF como o indicador de circunstâncias favoráveis a investimento, porque esse índice abrangeria mais aspectos relevantes para o setor privado em um grande número de países (SHEPHERD; WILSON, 2008).

Segundo os dados extraídos do relatório da aferição realizada no ano de 2019, o IEF ranqueia aspectos da liberdade econômica dos países com números entre 0, que equivale a “sem liberdade econômica”, e 100, a “total liberdade econômica”. Tais aspectos são avaliados dentro de

³No original: “Area 1: Size of Government – As government spending, taxation, and the size of government-controlled enterprises increase, government decision-making is substituted for individual choice and economic freedom is reduced. Area 2: Legal System and Property Rights – Protection of persons and their rightfully acquired property is a central element of both economic freedom and civil society. Indeed, it is the most important function of government. Area 3: Sound Money – Inflation erodes the value of rightfully earned wages and savings. Sound money is thus essential to protect property rights. When inflation is not only high but also volatile, it becomes difficult for individuals to plan for the future and thus use economic freedom effectively. Area 4: Freedom to Trade Internationally – Freedom to exchange – in its broadest sense, buying, selling, making contracts, and so on – is essential to economic freedom, which is reduced when freedom to exchange does not include businesses and individuals in other nations. Area 5: Regulation – Governments not only use a number of tools to limit the right to exchange internationally, they may also develop onerous regulations that limit the right to exchange, gain credit, hire or work for whom you wish, or freely operate your business”.

quatro categorias que, conjugadas, compõem o IEF (THE HERITAGE FOUNDATION, 2019): Estado de Direito (direitos de propriedade, eficácia do Poder Judiciário, integridade do governo); tamanho do Estado (nível de tributação, gastos do governo, saúde fiscal); eficiência regulatória (liberdade para empreender, liberdade laboral, liberdade monetária); e abertura de mercado (liberdade comercial, liberdade de investimentos, liberdade financeira).

De acordo com a nota atribuída, os países são classificados em *free* (livres), *mostly free* (predominantemente livres), *moderately free* (moderadamente livres), *mostly unfree* (predominantemente não livres) e *repressed* (reprimidos). No último *ranking*, receberam a classificação “livres”, com índices entre 100 e 80 pontos, os seguintes países: Hong Kong, Singapura, Nova Zelândia, Suíça, Austrália e Irlanda. Completando a relação dos dez primeiros colocados, estão países classificados como “predominantemente livres”, com índices entre 79,9 e 70: Reino Unido, Canadá, Emirados Árabes e Taiwan. No polo oposto, ou seja, classificados como “reprimidos”, estão os últimos dez colocados do *ranking*, com índices inferiores a 49,9: Argélia, Timor Leste, Bolívia, Guiné Equatorial, Zimbábue, República do Congo, Eritreia, Cuba, Venezuela e Coreia do Norte (THE HERITAGE FOUNDATION, 2019).

3 Conceito de democracia

Uma das dificuldades na conceituação das ideias políticas decorre justamente de seu uso no discurso político, que torna por vezes as ideias *flatus vocis* – palavras vazias, aptas a abarcarem o sentido que o agente político convenientemente desejar, como é o caso da ideia de democracia.

O termo *democracia* (do grego arcaico δημοκρατία, *dēmokratía*), literalmente poder

do povo ou governo do povo, surgiu no século V a.C. para denotar o sistema político das cidades-estado gregas em contraste com aristocracia (ἀριστοκρατία, *aristokratía*), governo de uma elite. Por volta de 508-507 a.C., com um movimento liderado por Clístenes, considerado o pai da democracia grega, estabeleceu-se em Atenas, importante cidade-estado da Grécia antiga, o que geralmente se considera a primeira democracia (HUNT; MARTIN; ROSENWEIN; HSIA; SMITH, 2007).

O sistema político da Atenas clássica concedia a cidadania democrática somente aos homens livres com mais de 20 anos: excluía os não proprietários de terras, as mulheres, os escravos e os estrangeiros. A exclusão de grande parcela da população do corpo de cidadãos está intimamente relacionada à compreensão da cidadania na antiguidade – o benefício da cidadania estava ligado, em geral, à obrigação de combater nas campanhas de guerra (LAPE, 2009). Em praticamente todos os governos democráticos da história antiga e moderna, a cidadania democrática era privilégio de uma elite, até que a plena emancipação foi conquistada pelos cidadãos na maioria das democracias por meio dos movimentos de sufrágio dos séculos XIX e XX (WILSON, 2006).

A democracia ateniense era direta não apenas porque as decisões eram tomadas pelos cidadãos reunidos, mas também porque todos controlavam o processo político da *polis* por meio da assembleia e dos tribunais (RAAFLAUB; OBER; WALLACE, c2007). Cidadãos comuns eram selecionados aleatoriamente para preencher os poucos escritórios administrativos e judiciais existentes, e as leis da cidade-estado eram definidas em uma assembleia na qual todos os cidadãos atenienses elegíveis tinham autoridade para falar e votar (GRININ; CARNEIRO; BONDARENKO; KRADIN; KOROTAYEV, c2004).

A democracia ocidental é geralmente considerada originária das cidades-estado gregas e da República romana antes de seu desaparecimento com o fim da Idade Antiga (PRZEWORSKI, 1991). Contudo, muitos aspectos presentes nas democracias atuais tiveram origem não na Grécia, mas em Roma, a começar pelo estabelecimento do primeiro governo do mundo ocidental no formato de uma República (Estado-nação). Embora não fosse uma democracia (WATSON, 2005), o sistema romano de governança inspirou muitos pensadores políticos no decorrer dos séculos (LIVY, [2002]), e as democracias representativas contemporâneas tendem a inspirar-se mais no modelo romano, em que o poder supremo do Estado era ocupado por representantes eleitos ou nomeados pelo povo (WATSON, 2005).

No período medieval, ainda que de forma pouco significativa, desenvolveram-se vários sistemas de governança ou administração da vida cotidiana baseados em eleições ou assembleias, embora muitas vezes envolvessem somente parte da população (WATSON, 2005). Foi notório, contudo, o surgimento das raízes do Parlamento da Inglaterra, que remontam à *Magna Charta* (1215), a qual restringia o poder dos reis, protegia explicitamente certos direitos dos súditos e apoiava implicitamente o que se tornou o *habeas corpus* inglês, salvaguardando a liberdade individual contra a prisão ilegal com o direito a apelar da condenação (JOBSON, 2012).

Na Inglaterra do século XVII – portanto, já na Idade Moderna –, surge um novo interesse pelas antigas disposições da *Magna Charta*, com a aprovação do *Petition of Rights*, em 1628, pelo Parlamento, que estabeleceu certas liberdades para os súditos. Alguns anos mais tarde, com a Guerra Civil (1642-1651), travada entre o rei e um Parlamento oligárquico, porém eleito, tomou forma a ideia de partido político durante os debates de Putney (1647), com grupos que discutiam direitos à representação política (WEINSTEIN; RUBEL, 2002).

Posteriormente, o Protetorado (1653-1659) e a Restauração (1660) restabeleceram um governo mais autocrático, embora o Parlamento tenha aprovado em 1679 a Lei do *Habeas Corpus*, que fortaleceu a convenção que proibia a detenção sem causa ou evidência suficiente. Com a Revolução Gloriosa (1688-1689), a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) é promulgada (1689), tendo sido codificados certos direitos e liberdades individuais ainda hoje em vigor no ordenamento jurídico britânico. Esse diploma legal estabelecia a exigência de eleições regulares, regras para a liberdade de expressão no Parlamento e limitava o poder do monarca, garantindo que o absolutismo real não prevalecesse, ao contrário do que ocorria em grande parte da Europa na época (WEINSTEIN; RUBEL, 2002, p. 34).

A breve República da Córsega, criada em 1755, foi a primeira nação na história moderna a adotar uma constituição democrática (todos os homens e mulheres acima de 25 anos podiam votar), que se baseava nos princípios do Iluminismo e incluía o sufrágio feminino, algo que não era concedido na maioria das outras democracias até o século XX (DESMOND, c1985).

Na América do Norte, o governo representativo originou-se em Jamestown, colônia da Virgínia, com a eleição da Casa de Burgesses, precursora da Assembleia Geral da Virgínia, em 1619. Em 1620, puritanos ingleses estabeleceram na Nova Inglaterra colônias cuja governança local era democrática, o que contribuiu para o desenvolvimento da democracia nos EUA (TOCQUEVILLE, 2003). Os puritanos (padres peregrinos), batistas e *quakers*, fundadores dessas colônias, aplicaram a organização democrática de suas congregações à administração de suas comunidades em assuntos mundanos (OLMSTEAD, 1960). Todavia, embora as assembleias locais tivessem algum poder, a autoridade final era mantida pela Coroa e pelo Parlamento inglês.

Em 1776, no Congresso Continental foi declarada a independência das colônias britânicas na América e, após a vitória contra os ingleses, em 1787, na Convenção de Filadélfia, as treze ex-colônias aprovaram a Constituição dos Estados Unidos da América – a mais antiga constituição ainda em vigor. Ela previa um governo eleito e protegia os direitos e as liberdades civis para alguns, mas não acabava com a escravidão, nem ampliava o direito de voto (UNITED STATES, [2017]). O sufrágio era limitado aos homens, proprietários de terras, brancos e contribuintes, dos quais entre 60% e 90%, até o final da década de 1780, eram elegíveis para votar. Em 1791, para proteger as liberdades pessoais, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) estabeleceu limites ao poder do governo, mas teve pouco impacto nos julgamentos pelos tribunais nos primeiros 130 anos após sua ratificação (DINKIN, 1982). A Revolução Americana influenciou outras revoluções liberais ao redor do mundo.

Em 1789, a França revolucionária adotou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, embora de curta duração, a Convenção Nacional foi eleita por todos os homens em 1792. No entanto, no início do século XIX, o pouco de democracia existente – como teoria, prática ou mesmo como palavra – permaneceu no mundo do Atlântico Norte (DENNING, 2004).

Com a Revolução de 1848, o sufrágio masculino universal foi estabelecido na França. Nesse mesmo ano, eclodiram na Europa várias revoluções que confrontaram os governantes com as demandas populares por constituições liberais e governos mais democráticos (DENNING, 2004).

No século XX, as transições para a democracia liberal ocorreram em sucessivas ondas, resultantes de guerras, revoluções, descolonização, circunstâncias religiosas e econômicas. Por outro lado, ondas globais de regressão revertendo a democratização também ocorreram nas décadas de 1920, 1930, 1960, 1970 e 2010 (FOA; MOUNK, 2017).

A Primeira Guerra Mundial e a dissolução dos Impérios Otomano e Austro-Húngaro resultaram na criação de novos Estados-nação na Europa, a maioria deles nominalmente democráticos. Na década de 1920, a democracia floresceu e o sufrágio feminino avançou, mas a Grande Depressão de 1929 trouxe o desencantamento, e a maioria dos países da Europa, América Latina e Ásia foi dominada por governos autoritários ou ditaduras. Governos autoritários floresceram na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista e em Portugal salazarista, bem como nos países bálticos, nos Balcãs, no Brasil, em Cuba, na China e no Japão, entre outros (DENNING, 2004).

A Segunda Guerra Mundial trouxe uma reversão definitiva dessa tendência na Europa Ocidental. A democratização dos setores americano, britânico e francês da Alemanha, da Áustria, da Itália e do Japão ocupado pelos EUA serviu de modelo para a mudança governamental. No entanto, a maior parte da Europa Oriental, incluindo o setor soviético da Alemanha, caiu no bloco soviético não democrático. A guerra foi seguida pela descolonização e, novamente, a maioria dos novos Estados independentes passou a ter constituições nominalmente democráticas (GO, 2007).

Um dos conceitos mais célebres de democracia surgiu no pós-guerra quando o primeiro-ministro britânico Winston Churchill (LANGWORTH, 2008, p. 574, grifo nosso, tradução nossa), em discurso proferido em 11/11/1947, na Câmara dos Comuns do Parlamento, declarou:

muitas formas de governo já foram tentadas, e ainda serão tentadas neste mundo de pecado e aflição. Ninguém afirma que a democracia seja perfeita ou sublime. De fato, já foi dito que *a democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as outras formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.*⁴

Na década de 1960, a grande maioria dos países eram nominalmente democracias, embora a maior parte das populações do mundo vivesse em nações que experimentaram eleições fraudulentas e outras formas

⁴No original: "Many forms of Government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except for all those other forms that have been tried from time to time".

de subterfúgios, particularmente em nações socialistas e nas antigas colônias. Uma onda subsequente de democratização trouxe ganhos substanciais em direção à verdadeira democracia liberal para muitas nações. Portugal (1974), Espanha (1975) e várias ditaduras militares da América do Sul voltaram ao domínio civil (década de 1980): Argentina em 1983, Bolívia e Uruguai em 1984, Brasil em 1985 e Chile no início da década de 1990. O mesmo ocorreu em nações do leste e sul da Ásia em meados da mesma década (GO, 2007).

A crise econômica na década de 1980 e o ressentimento causado pela opressão soviética contribuíram para o colapso da União Soviética, para o fim da Guerra Fria e para a democratização e liberalização dos antigos países do bloco oriental. As mais bem-sucedidas das novas democracias foram as geográfica e culturalmente mais próximas da Europa Ocidental, que agora são membros ou candidatas a membros da União Europeia. Nos anos 1990, as democracias liberais espalharam-se também pela África e pelo Sudeste Asiático (GO, 2007).

Em 2019, de acordo com o *The Economist*, entre 167 países, 76 eram democracias em que viviam 48,4% da população mundial, 22 eram democracias plenas nas quais viviam 5,7% da população mundial, e 54, democracias imperfeitas, que concentravam 42,7% da população mundial (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2019) – índices levemente superiores aos de 2018, quando existiam 75 democracias, com 47,7% da população mundial (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, [2018]).

A maioria das democracias eleitorais continua a excluir os menores de dezoito anos do direito de votar (WALL, 2014), mas vários países, como Brasil, Áustria, Cuba e Nicarágua, reduziram a idade de voto para dezesseis anos. Em 2008, o Parlamento alemão propôs, mas arquivou um projeto de lei que concederia o

voto a cada cidadão no nascimento, para ser usado por um dos pais até que a criança o reivindicasse para si (FREEDOM HOUSE, 2018).

Como supostamente está presente na maioria dos países e certamente em discursos inflamados na defesa dos direitos individuais e da liberdade, a ideia de democracia, nominalmente, incorpora-se também ao conteúdo político de regimes totalitários e repressores, chegando a estar estampada na denominação oficial de países governados por violentos regimes ditatoriais, como é o caso da República Popular *Democrática* da Coreia, a Coreia do Norte (SPENCER, 2007). Nesse cenário, apesar de se falar em democracia com enorme frequência, não é possível conceituá-la de forma definitiva e incontestável.

Um dos conceitos mais simples e aceitos de democracia é aquele que a define como o sistema de governo em que os cidadãos exercem o poder por meio de votação. Na democracia direta, todos os cidadãos votam diretamente em cada questão; na democracia representativa, os cidadãos elegem representantes que formam um corpo diretivo, como uma legislatura. Na democracia constitucional, a Constituição limita o poder da maioria e protege a minoria, geralmente por meio do gozo dos direitos individuais, como a liberdade de expressão e de associação (WATKINS, 1970).

Segundo Diamond (2004), quatro elementos-chave caracterizam a democracia: um sistema político para escolher e substituir o governo por meio de eleições livres e justas; a participação ativa do povo na política e na vida cívica; a proteção dos direitos humanos dos cidadãos; um Estado de Direito, no qual as leis e os procedimentos se aplicam igualmente a todos. Landman (2018, p. 49, tradução nossa), no entanto, ressalta que são distintos os conceitos de democracia e direitos humanos e que “deve haver maior especificidade na conceituação e

operacionalização da democracia e dos direitos humanos”.

A democracia contrasta com formas de governo em que um indivíduo é investido de poder, como na monarquia absoluta, ou em que um pequeno número de indivíduos exerce o poder, como em uma oligarquia. Contudo, essas conceituações, herdadas da filosofia grega (BARKER, 1906), são agora ambíguas porque os governos contemporâneos misturam elementos democráticos, oligárquicos e monárquicos. Karl Popper definiu a democracia em contraste com a ditadura ou a tirania, concentrando-se assim nas oportunidades para o povo controlar seus líderes e expulsá-los sem a necessidade de uma revolução (JARVIE; MILFORD; MILLER, 2006).

Para Kimber (1989), a democracia requer três princípios fundamentais: controle ascendente (soberania que reside nos níveis mais baixos de autoridade), igualdade política e normas sociais pelas quais indivíduos e instituições só consideram aceitáveis os atos que refletem os dois primeiros princípios. Scruton (2013), por sua vez, observa que o termo *democracia* também é frequentemente usado como abreviação de *democracia liberal*, uma variante da democracia representativa, que pode incluir elementos como o pluralismo político, a igualdade perante a lei, o direito de petição, o devido processo legal, liberdades civis, direitos humanos. O autor argumenta também que a democracia, por si só, não garante liberdade pessoal e política, a menos que as instituições da sociedade civil também estejam presentes.

Como se vê, não existe consenso sobre como definir *democracia*, mas a igualdade legal, a liberdade política e o Estado de Direito são frequentemente identificados como características importantes (O'DONNELL, 2005). Em alguns países, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e o acesso à internet são vistos como

essenciais por garantir que os eleitores estejam bem informados, capacitando-os a votar de acordo com seus próprios interesses (BARAK, c2006). Já se sugeriu também que uma característica básica da democracia é a capacidade de todos os eleitores participarem livre e plenamente da vida de sua sociedade (NUSSBAUM, 2000). Com sua ênfase nas noções de contrato social e na vontade coletiva de todos os eleitores, a democracia também pode ser caracterizada pelo coletivismo político porque é definida como uma forma de governo na qual todos os cidadãos elegíveis têm voz na elaboração de leis (SNYDER; SAMUELS, c2006).

Em suma, é possível conceituar *democracia* como um sistema político que visa tanto assegurar ao cidadão a participação na condução política de sua sociedade por meios diretos ou indiretos, quanto limitar o poder estatal para que sejam mantidas as liberdades individuais e sociais.

4 Índices de democracia

Nos últimos anos, vários índices de aferição da qualidade das democracias foram desenvolvidos por diversas organizações e *think tanks*, com base em diferentes tipos de dados, indicadores e em suas próprias concepções. Com foco em regimes políticos classificados como democráticos, esses índices examinam as diferenças na qualidade dessas democracias (FUCHS; ROLLER, 2018). Todavia, uma vez que *democracia* é um conceito abrangente e é complexo mensurar o funcionamento das diversas instituições que ela abarca, são grandes as limitações para se quantificar econometricamente os efeitos potenciais da democracia ou sua relação com outros fenômenos (KRAUSS, 2016).

A diversificação das instituições democráticas nos países é muito grande, o que restringe

comparações significativas usando abordagens estatísticas. Como a democracia é tipicamente medida de forma agregada como uma macrovariável, enfrenta-se uma série de restrições econométricas, o que limita os estudos a correlações básicas, de baixa complexidade (KRAUSS, 2016). Assim, geralmente os índices de democracia enfocam características institucionais e processuais sob uma óptica objetiva, que levam pouco em conta as características subjetivas de cada nação ou sociedade (FUCHS; ROLLER, 2018).

Entre os principais índices de democracia, elencam-se o *Freedom in the World* (Freedom House), o *World Wide Press Freedom Index* (Repórteres sem Fronteiras), o *Index of Freedom in the World* (Instituto Fraser), o *CIRI Human Rights Data Project* (Universidade de Connecticut, EUA), o *Polity data series* (Agência Central de Inteligência Americana – CIA) e o *Varieties of Democracy Project* (Instituto V-Dem – Universidade de Gotemburgo, Suécia) (FUCHS; ROLLER, 2018).

Todavia, o *Democracy Index*, elaborado pela The Economist Intelligence Unit, empresa do conglomerado britânico que publica a revista econômica *The Economist*, é um dos índices mais utilizados em pesquisas relativas à situação democrática dos países (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2019). Seu propósito é medir o estado da democracia em 167 países. O índice foi publicado pela primeira vez em 2006, com atualizações em 2008, 2010 e anos posteriores. Baseia-se em 60 indicadores agrupados em cinco categorias diferentes que medem o pluralismo, as liberdades civis e a cultura política de cada país (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2019).

Conforme descrito em seu relatório anual, o índice de democracia é uma média ponderada, baseada nas respostas a sessenta perguntas, cada uma com duas ou três respostas alternativas per-

mitidas. A maioria das respostas são, conforme informa o relatório, “avaliações de especialistas”. Algumas respostas são fornecidas por pesquisas de opinião pública dos respectivos países. No caso daqueles para os quais os resultados da pesquisa estão ausentes, as avaliações de especialistas e os resultados da pesquisa para países semelhantes são usados para preencher as lacunas (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2019).

As questões são agrupadas em cinco categorias: (1) processo eleitoral e pluralismo; (2) liberdades civis; (3) funcionamento do governo; (4) participação política; e (5) cultura política. Cada resposta é convertida em uma pontuação, 0 ou 1, e 0, 0,5 ou 1, para as perguntas com três respostas. Dentro de cada categoria, as pontuações são adicionadas, multiplicadas por dez, divididas pelo total e divididas pelo número de perguntas dentro da categoria. Ao final, o índice classifica cada país em um dos quatro tipos de regime: democracias completas, democracias imperfeitas, regimes híbridos e regimes autoritários (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2019).

As democracias plenas são nações em que as liberdades civis e as liberdades políticas básicas não são apenas respeitadas, mas também reforçadas por uma cultura política conducente à prosperidade dos princípios democráticos. Essas nações têm um sistema válido de freios e contrapesos governamentais, um Judiciário independente cujas decisões são aplicadas, governos que funcionam adequadamente e meios de comunicação diversificados e independentes. Tais nações têm apenas problemas pontuais em seu funcionamento democrático.

Democracias imperfeitas são nações onde as eleições são justas e livres, e as liberdades civis básicas são respeitadas, mas podem apresentar problemas (por exemplo, violação da liberdade de imprensa). Essas nações têm falhas

significativas em outros aspectos democráticos, como cultura política subdesenvolvida, baixos níveis de participação na política e problemas no funcionamento da governança.

Regimes híbridos são nações onde ocorrem notáveis irregularidades nas eleições, o que as impede de serem justas e livres. Esses países geralmente têm governos que perseguem opositores políticos, Poder Judiciário não independente, corrupção generalizada, assédio e pressão sobre a mídia, Estado de Direito anormal e falhas mais pronunciadas do que democracias imperfeitas no âmbito da cultura política subdesenvolvida, assim como baixos níveis de participação na política e problemas quanto ao funcionamento de sua governança.

Os regimes autoritários são nações onde o pluralismo político desapareceu ou é extremamente limitado. Muitas vezes são monarquias absolutas ou ditaduras, que podem ter algumas instituições convencionais de democracia, mas de pouca significância. Infrações e abusos de liberdades civis são comuns, eleições (se ocorrem) não são justas e livres, a mídia é muitas vezes estatal ou controlada por grupos associados ao regime dominante, o Judiciário não é independente, há censura onipresente e supressão de críticas ao governo.

Segundo o *Democracy Index 2019*, os dez primeiros países no *ranking* da democracia são Noruega, Islândia, Suécia, Nova Zelândia, Finlândia, Irlanda, Dinamarca, Canadá e Austrália. No outro extremo, na última colocação, está a Coreia do Norte (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2019).

Diante de instrumentos estatísticos que, mesmo de forma limitada, são hábeis para a produção de dados relativamente precisos quanto ao estado das democracias, resta investigar se, nos países que apresentam altos níveis de qualidade democrática, há também um elevado grau de liberdade econômica.

5 Correlação entre liberdade econômica e democracia

Em sua obra clássica *Capitalismo e liberdade*, Milton Friedman discute a possibilidade de correlação entre democracia e liberdade econômica. Friedman (2014, p. 10) acredita que não se pode ter uma sem a outra e afirma que

[a]s organizações econômicas desempenham duplo papel na promoção da sociedade livre. Primeiro, como componente da liberdade em sentido amplo, a liberdade econômica é fim em si mesma. Segundo, a liberdade econômica também é meio indispensável para a consecução da liberdade política.

De acordo com Friedman (2014, p. 15), a razão pela qual a liberdade econômica leva à liberdade política e a mantém se daria porque

[b]asicamente, há apenas duas maneiras de coordenar as atividades econômicas das multidões – uma é a direção central, envolvendo o uso de coerção – a técnica das forças armadas e do estado totalitário moderno. A outra é a cooperação voluntária dos indivíduos – a técnica dos mercados. [...] Esse tipo de troca, portanto, pode envolver coordenação sem coerção. Modelo operacional de uma sociedade organizada com base em trocas voluntárias é uma economia de troca de livre empresa privada – o que até aqui denominamos capitalismo competitivo.

Verifica-se, assim, a possibilidade de a liberdade econômica agir como um dos mecanismos de “freios e contrapesos” essenciais ao funcionamento dos sistemas democráticos. A relação entre democracia política e crescimento econômico tem estado no centro de debates nos últimos cinquenta anos. Os defensores da democracia argumentam que as motivações dos cidadãos para trabalhar e investir, bem como a alocação eficaz de recursos no mercado para

maximizar a atividade privada, devem ser mantidas em um clima de liberdade, informações de fluxo livre e controle seguro de propriedade (NORTH, 1990). As democracias podem limitar a intervenção estatal na economia, são responsivas a demandas do público em áreas como educação, justiça e saúde, além de incentivar o crescimento estável e duradouro (RODRIK, 1998).

Por outro lado, oponentes da democracia argumentam que as democracias se prestam à demanda popular por consumo imediato em detrimento de investimentos lucrativos, não podem ser isoladas dos interesses dos requerentes de renda e não podem mobilizar recursos rapidamente. Democracias também são consideradas propensas a conflitos decorrentes de lutas sociais, étnicas e de classe. Alguns autores consideram que regimes autoritários podem suprimir conflitos, resistir a interesses setoriais e tomar medidas coercivas necessárias para um rápido crescimento, ao passo que outros permanecem céticos sobre se os regimes, mercados e instituições importam para o crescimento (BHAGWATI, 1995).

Contudo, a análise dos índices disponíveis corrobora a estreita relação entre liberdade econômica e democracia ou entre a falta de liberdade econômica e a inexistência de democracia. Se compararmos os dez países mais bem classificados no *ranking* de liberdade econômica, segundo o IEF, veremos que seis desses países são democracias plenas, segundo o *Democracy Index 2019*, e apenas um tem um regime classificado como autoritário, conforme se observa na tabela a seguir.

Tabela 1

Os dez países mais bem classificados no *ranking* de liberdade econômica

INDEX OF ECONOMIC FREEDOM		MODELO DE DEMOCRACIA SEGUNDO O DEMOCRACY INDEX 2019
COLOCAÇÃO	PAÍS	
1	Hong Kong	Democracia imperfeita
2	Singapura	Democracia imperfeita
3	Nova Zelândia	Democracia plena
4	Suécia	Democracia plena
5	Austrália	Democracia plena
6	Irlanda	Democracia plena
7	Reino Unido	Democracia plena
8	Canadá	Democracia plena
9	Emirados Árabes	Regime autoritário
10	Taiwan	Democracia imperfeita

Fonte: elaborada pelos autores com base na comparação entre os índices de liberdade econômica dos países (THE HERITAGE FOUNDATION, 2019) e os índices de democracia (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2019).

Por outro lado, se compararmos os dez mais mal classificados no *ranking* do *Index of Economic Freedom*, nos quais praticamente inexistente liberdade econômica, veremos que sete deles têm um regime considerado autoritário, e nenhum ostenta uma democracia plena, segundo o *Democracy Index 2019*, conforme demonstrado na tabela a seguir.

Tabela 2

Os dez países mais mal classificados no *ranking* de liberdade econômica

INDEX OF ECONOMIC FREEDOM		MODELO DE DEMOCRACIA SEGUNDO O DEMOCRACY INDEX 2019
COLOCAÇÃO	PAÍS	
171	Argélia	Regime híbrido
172	Timor Leste	Democracia imperfeita
173	Bolívia	Regime híbrido
174	Guiné Equatorial	Regime autoritário
175	Zimbábue	Regime autoritário
176	República do Congo	Regime autoritário
177	Eritreia	Regime autoritário
178	Cuba	Regime autoritário
179	Venezuela	Regime autoritário
180	Coreia do Norte	Regime autoritário

Fonte: elaborada pelos autores com base na comparação entre os índices de liberdade econômica dos países (THE HERITAGE FOUNDATION, 2019) e os índices de democracia (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2019).

Nos países com baixo grau de liberdade econômica prevalece o regime autoritário; em contrapartida, na maioria dos países com maior liberdade econômica as democracias são plenas, ou seja, as duas variáveis analisadas são diretamente proporcionais. O estreito vínculo entre liberdade econômica e liberdade política indica que a liberdade econômica contribui positivamente para a qualidade das democracias.

6 Considerações finais

Mesmo percebendo que os mercados livres não são perfeitos, Adam Smith argumentou que eles satisfazem espontaneamente às demandas das pessoas e, mais do que quaisquer outras alternativas, são capazes de promover riqueza e bem-estar.

As pesquisas estatísticas sobre a relação entre liberdade econômica e qualidade da democracia ainda estão em estágio inicial. Há muito a ser feito: maior refinamento de testes estatísticos, desenvolvimento de índices como o EFI, análise contínua dos componentes indispensáveis para a

pesquisa, estudos de caso contemporâneos e históricos, estudos do que determina o escopo da liberdade econômica (o que implica a necessidade de mais estudos sobre instituições políticas e incentivos), causalidade mais cuidadosamente concebida, estudos de outras variáveis que a liberdade econômica pode afetar, desenvolvimento contínuo da teoria econômica e do papel das instituições.

Contudo, os argumentos teóricos e os dados até aqui obtidos são suficientes para confirmar a histórica percepção de que a liberdade econômica e a democracia guardam estreito vínculo e, quanto mais elementos garantidores da liberdade dos indivíduos houver em uma sociedade, maiores serão seus avanços políticos e mais qualidade terá sua democracia.

Sobre os autores

Guilherme Prado Bohac de Haro é mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil; doutorando em Direito na Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil; professor de Direito Econômico e Empresarial do Centro Universitário Toledo, Presidente Prudente, SP, Brasil; advogado.
E-mail: guilherme.pbh@hotmail.com

Jefferson Aparecido Dias é doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; procurador da República em Marília, SP, Brasil; docente permanente do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil.
E-mail: jeffersondias@unimar.br

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer é doutora em Educação pela Universidade Estadual Paulista (Unesp), Marília, SP, Brasil; pós-doutora em Sociologia do Trabalho pela Unesp, Marília, SP, Brasil; docente permanente do programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil.
E-mail: walkiriamf@terra.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

HARO, Guilherme Prado Bohac de; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. A influência da liberdade econômica nos índices de aferição da qualidade das democracias. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 155-176, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p155

(APA)

Haro, G. P. B. de, Dias, J. A., & Ferrer, W. M. H. (2020). A influência da liberdade econômica nos índices de aferição da qualidade das democracias. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 155-176. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p155

Referências

- BARAK, Aharon. Protecting the Constitution and democracy. In: _____. *The judge in a democracy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, c2006.
- BARKER, Ernest. *The political thought of Plato and Aristotle*. New York: G.P. Putnam's sons, 1906.
- BHAGWATI, Jagdish. Democracy and development: new thinking on an old question. *Indian Economic Review*, [s. l.], v. 30, n. 1, p. 1-18, Jan./June 1995.
- BHALLA, Surjit S. Freedom and economic growth: a virtuous cycle? In: HADENIUS, Axel (ed.). *Democracy's victory and crisis*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997. p. 195-241. (Nobel Symposium, n. 93). DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511558832>.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.
- BRONFENBRENNER, Martin. Two concepts of economic freedom. *Ethics*, [s. l.], v. 65, n. 3, p. 157-170, Apr. 1955.
- DENNING, Michael. *Culture in the age of three worlds*. London: Verso, 2004.
- DESMOND, Gregory. *The ungovernable rock: a history of the Anglo-Corsican Kingdom and its role in Britain's Mediterranean strategy during the Revolutionary War, 1793-1797*. Rutherford, NJ: Fairleigh Dickinson University Press; Cranbury, NJ: Associated University Presses, c1985.
- DIAMOND, Larry. What is democracy? In: SPEAKING. Stanford, CA: Stanford University, 2004. Disponível em: <https://diamond-democracy.stanford.edu/speaking/lectures/what-democracy>. Acesso em: 25 abr. 2020.
- DINKIN, Robert. *Voting in revolutionary America: a study of elections in the original thirteen states, 1776-1789*. Westport, CT: Greenwood Press, 1982.
- FOA, Roberto Stefan; MOUNK, Yascha. The signs of deconsolidation. *Journal of Democracy*, [s. l.], v. 28, n. 1, p. 5-15, Jan. 2017. Disponível em: https://www.journalofdemocracy.org/wp-content/uploads/2017/01/02_28.1_Foa-Mounk-pp-5-15.pdf. Acesso em: 26 abr. 2020.
- FREEDOM HOUSE. *Freedom in the world 2018: table of country scores*. [S. l.]: Freedom House, 2018. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018>. Acesso em: 19 fev. 2019.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução e revisão técnica de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: LTC, 2014.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose D. *Two lucky people: memoirs*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.
- FUCHS, Dieter; ROLLER, Edeltraud. Conceptualizing and measuring the quality of democracy: the citizens' perspective. *Politics and Governance*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 22-32, 2018. DOI: <https://doi.org/10.17645/pag.v6i1.1188>. Disponível em: <https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/article/view/1188>. Acesso em: 25 abr. 2020.
- GO, Julian. A globalizing constitutionalism?: views from the postcolony, 1945-2000. In: ARJOMAND, Saïd Amir (ed.). *Constitutionalism and political reconstruction*. Leiden: Brill, 2007. p. 89-114. (International Comparative Social Studies, v. 14). DOI: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004151741.i-391.23>.
- GRININ, Leonid E.; CARNEIRO, Robert L.; BONDARENKO, Dmitri M.; KRADIN, Nikolay N.; KOROTAYEV, Andrey V. (ed.). *The early state, its alternatives and analogues*. Volgograd: 'Uchitel' Publishing House, c2004.
- GWARTNEY, James; LAWSON, Robert; GARTZKE, Erik. *Economic freedom of the world: 2005 annual report*. [Vancouver, BC]: Fraser Institute, 2005. Disponível em: <https://www>.

fraserinstitute.org/sites/default/files/EconomicFreedomoftheWorld2005.pdf. Acesso em: 25 abr. 2020.

GWARTNEY, James; LAWSON, Robert; HALL, Joshua; MURPHY, Ryan. *Economic freedom of the world*: 2018 annual report. With Pál Czeglédi, Rosemarie Fike, Fred McMahon and Carlos Newland. [Vancouver, BC]: Fraser Institute, 2018. Disponível em: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-of-the-world-2018.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

HARPER, David A. *Foundations of entrepreneurship and economic development*. London: Routledge, 2003. (Foundations of the Market Economy Series, v. 22).

HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom*. 50th anniversary ed. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

HECKELMAN, Jac C.; STROUP, Michael D. Which economic freedoms contribute to growth? *Kyklos*, [s. l.], v. 53, n. 4, p. 527-544, Nov. 2000. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-6435.00132>.

HEUGENS, Pursey; OOSTERHOUT, Hans van; VROMEN, Jack. *The social institutions of capitalism: evolution and design of social contracts*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, c2003.

HUNT, Lynn; MARTIN, Thomas R.; ROSENWEIN, Barbara H.; HSIA, Po-chia; SMITH, Bonnie G. *The making of the West: peoples and cultures: a concise history*. 2nd ed. Boston: Bedford; New York: St. Martin's, 2007. v. 1.

JACOBY, Daniel. *Laboring for freedom: a new look at the history of labor in America*. Armonk, NY: M.E. Sharpe, c1998. *E-book*.

JARVIE, Ian; MILFORD, Karl; MILLER, David (ed.). *Karl Popper: a centenary assessment*. Aldershot, UK: Ashgate Publishing, 2006. v. 1.

JOBSON, Adrian. *The first English revolution: Simon de Montfort, Henry III and the Barons' War*. London: Bloomsbury, 2012.

KIMBER, Richard. On democracy. *Scandinavian Political Studies*, [s. l.], v. 12, n. 3, p. 199-219, Sept. 1989. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9477.1989.tb00090.x>.

KRAUSS, Alexander. The scientific limits of understanding the (potential) relationship between complex social phenomena: the case of democracy and inequality. *Journal of Economic Methodology*, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 97-109, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/1350178X.2015.1069372>.

LANDMAN, Todd. Democracy and human rights: concepts, measures, and relationships. *Politics and Governance*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 48-59, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.17645/pag.v6i1.1186>. Disponível em: <https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/article/view/1186/1186>. Acesso em: 26 abr. 2020.

LANGWORTH, Richard M. (ed.). *Churchill by himself: the definitive collection of quotations*. New York: PublicAffairs, 2008.

LAPE, Susan. *Reproducing Athens: Menander's comedy, democratic culture, and the Hellenistic city*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

LIVY. *The early history of Rome: books I-V of The history of Rome from its foundations*. Translated by Audrey de Selincourt. London: Penguin Books, [2002].

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change, and economic performance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1990. (The Political Economy of Institutions and Decisions).

NUNES, Andrine Oliveira. Intervenção estatal: o papel do Estado na economia. *Revista Argumentum*, [Marília, SP], ano 10, n. 11, p. 145-159, 2010. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1056/650>. Acesso em: 26 abr. 2020.

NUSSBAUM, Martha C. *Women and human development: the capabilities approach*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000. (The John Robert Seeley Lectures).

O'DONNELL, Guillermo. Why the Rule of law matters. In: DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo (ed.). *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2005. p. 3-17.

OLMSTEAD, Clifton E. *History of religion in the United States*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1960.

ORTH, John V. Contract and the common law. In: SCHEIBER, Harry N. (ed.). *The state and freedom of contract*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1998. p. 44-65. (The Making of Modern Freedom).

PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the market: political and economic reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991. (Studies in Rationality and Social Change).

RAAFLAUB, Kurt A.; OBER, Josiah; WALLACE, Robert W. *Origins of democracy in ancient Greece*. With chapters by Paul Cartledge and Cynthia Farrar. Berkeley: University of California Press, c2007.

RODRIG, Dani. Why do more open economies have bigger governments? *Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 106, n. 5, p. 997-1.032, Oct. 1998. DOI: <https://doi.org/10.1086/250038>.

ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich. Economic freedom and its measurement. In: _____ (ed.). *The encyclopedia of public choice*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004. v. 2.

SCRUTTON, Roger. A point of view: is democracy overrated? *BBC News Magazine*, [London], 9 Aug. 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/magazine-23607302>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SEN, Amartya. *Rationality and freedom*. Cambridge, MA: Belknap Press, c2002.

SHEPHERD, Ben; WILSON, John S. Trade facilitation in ASEAN member countries: measuring progress and assessing priorities. *Policy Research Working Paper*, Washington, DC, n. 4615, p. 1-40, May 2008. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/584321468247853677/Trade-facilitation-in-ASEAN-member-countries-measuring-progress-and-assessing-priorities>. Acesso em: 26 abr. 2020.

SIEGAN, Bernard H. *Property and freedom: the Constitution, the courts, and land-use regulation*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1997. (Studies in Social Philosophy & Policy, n. 19).

SNYDER, Richard; SAMUELS, David. Devaluing the vote in Latin America. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (ed.). *Electoral systems and democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, c2006. p. 168-181. (A Journal of Democracy Book).

SOTO, Hernando de. *The mystery of capital: why capitalism triumphs in the West and fails everywhere else*. New York: Basic Books, 2003.

SPENCER, Richard. North Korea power struggle looms. *The Telegraph*, [London], 28 Aug. 2007. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/1561550/North-Korea-power-struggle-looms.html>. Acesso em: 26 abr. 2020.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Democracy index 2018: Me too?* Political participation, protest and democracy. London: EIU, [2018]. Disponível em: https://275rzy1ul4252pt1hv2dqyuf-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/01/Democracy_Index_2018.pdf. Acesso em: 11 maio 2020.

_____. *Democracy index 2019: a year of democratic setbacks and popular protest*. [S. l.]: EIU, 2019. Disponível em: <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2019.pdf&mode=wp&campaignid=democracyindex2019>. Acesso em: 26 fev. 2020.

THE HERITAGE FOUNDATION. *2019 Index of economic freedom: country ranking*. [S. l.]: The Heritage Foundation, 2019. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/ranking>. Acesso em: 26 fev. 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Translated by Henry Reeve, Esq. New York: Barnes & Noble Books, 2003.

UNITED STATES. [Constitution (1787)]. *The Constitution of the United States: the Bill of Rights & all amendments*. [S. l.: s. n., 2017]. Disponível em: <https://constitutionus.com>. Acesso em: 11 maio 2020.

VON MISES, Ludwig. *Planning for freedom, and other essays and addresses*. 2nd ed. enl. by the addition of essay x. South Holland, IL: Libertarian Press, [1962].

WALL, John. Democratising democracy: the road from women's to children's suffrage. *The International Journal of Human Rights*, [s. l.], v. 18, n. 6, p. 646-659, Oct. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1080/13642987.2014.944807>.

WATKINS, Frederick. Democracy. In: *ENCYCLOPÆDIA Britannica*. [Chicago]: William Benton, 1970. v. 7, p. 215-223.

WATSON, Matthew. *Foundations of international political economy*. New York: Palgrave Macmillian, 2005.

WEIMER, David L. The political economy of property rights. In: _____ (ed.). *The political economy of property rights: institutional change and credibility in the reform of centrally planned economies*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997. p. 1-19. (Political Economy of Institutions and Decisions).

WEINSTEIN, Allen; RUBEL, David. *The story of America: freedom and crisis from settlement to superpower*. New York: DK Pub. Co., 2002.

WILKINSON, Will. In pursuit of happiness research: is it reliable? What does it imply for policy? *Policy Analysis*, [s. l.], n. 590, p. 1-41, Apr. 11, 2007. Disponível em: <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa590.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

WILSON, Nigel Guy (ed.). *Encyclopedia of ancient Greece*. New York: Routledge, 2006.

Estatuto das empresas estatais

As empresas estatais obrigadas a licitar e contratar segundo a Lei nº 13.303/2016

MAURÍCIO ZOCKUN

CAROLINA ZANCANER ZOCKUN

Resumo: O artigo propõe identificar as empresas estatais obrigadas a licitar e contratar nos termos da Lei nº 13.303/2016. Para isso, examinam-se os argumentos que afirmam a legitimidade de aplicação de suas disposições tanto às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas quanto às que prestam serviços públicos. Nesse sentido, analisa-se o conceito constitucional de serviço público e atividade econômica segundo a doutrina e a jurisprudência, identificando-se os elementos capazes de confirmar ou infirmar a lisura dessa lei a fim de – com base no art. 22, XXVII, ou no art. 173, § 1º, da Constituição da República – dispor sobre licitações e contratações para todas as empresas estatais. Com apoio em pensamento doutrinário, desqualifica-se aquela lei como norma geral, pois suas disposições relativas à licitação e à contratação são aplicáveis apenas às empresas estatais que exploram atividade econômica.

Palavras-chave: Estatuto das empresas estatais. Âmbito de aplicação. Licitação e contratação. Exploração de atividade econômica. Prestação de serviços públicos.

Statute for state-owned companies: state-owned companies required to bid and contract under Federal Law 13303/2016

Abstract: The article proposes to identify which state companies are required to bid and contract under the terms of Federal Law 13303/2016. Therefore, we examine the arguments that affirm the legitimacy of applying the provisions of this law both to state-owned companies that exploit economic activities, and in relation to those that provide public services. In this sense, the constitutional concept of public service and economic activity is examined according to the doctrine and jurisprudence, building the elements capable of confirming or disproving the fairness of Federal

Recebido em 27/2/20

Aprovado em 11/6/20

Law 13303/2016 for, with support in art. 22, XXVII, or in art. 173, § 1º, all of the Brazilian Constitution, provide for bids and contracts for all state-owned companies. Supported by doctrinal, Federal Law 13303/2016 is disqualified as a general rule, which is why its provisions regarding bidding and contracting are applicable only to state-owned companies that explore economic activity.

Keywords: Statute of state-owned companies. Scope of application. Bidding and contracting. Exploration of economic activity. Provision of public services.

Introdução

Com a nova redação dada ao art. 173, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019a]), previu-se que lei estabeleceria o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Esse estatuto, por seu turno, prescreveria (i) regras relativas às licitações e contratações públicas; (ii) a sua submissão ao mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas; (iii) a constituição e o funcionamento dos seus conselhos; e, por fim, (iv) o mandato, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

No período em que o Congresso Nacional se manteve omissivo na apreciação e aprovação da lei veiculadora do estatuto, as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas eram submetidas a um regime jurídico híbrido. Em decorrência disso, por exemplo, deviam fiel observância ao regime de licitação e contratação fixado na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, [2019b]), salvo nos casos em que as relações jurídicas patrimoniais estavam associadas direta ou indiretamente à exploração da atividade econômica (GASPARINI, 2008, p. 456; ARAÚJO, 2014, p. 255-256; MELLO, 2013, p. 212-222). Sem embargo, aplicava-se integralmente o regime publicista de contratação do seu pessoal técnico, o concurso público. Por meio desse estatuto, procurava-se edificar a regulamentação infraconstitucional das atividades excepcionalmente desempenhadas por essas empresas.

A publicação da Lei nº 13.303/2016 (BRASIL, 2016) rompeu a inércia, introduzindo no sistema normativo o denominado “Estatuto jurídico das empresas estatais”. Porém, ao fazê-lo, o art. 1º, *caput*, dessa lei dispõe sobre a disciplina das relações jurídicas que tenham por sujeito tanto as

empresas estatais exploradoras de atividades econômicas quanto as que prestam serviços públicos.

Contudo, essa lei poderia veicular comandos normativos aplicáveis às empresas estatais que prestam serviço público? O questionamento justifica-se pelo fato de o art. 173, § 1º, da CRFB ter atribuído ao Congresso Nacional a competência para produzir lei veiculadora do estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, silenciando-se, entretanto, em relação às prestadoras de serviços públicos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que esse silêncio do art. 173, § 1º, da CRFB não encerra, reflexamente, a proibição de o Congresso Nacional estender os efeitos desse estatuto às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Afinal, poder-se-ia afirmar que outro preceito constitucional, que não o art. 173, conferiria ao Congresso Nacional competência para editar normas gerais sobre o regime jurídico das empresas estatais federais, estaduais e municipais, independentemente do seu campo de atuação. Ou, ainda, que esse diploma veicula múltiplas disposições normativas, algumas fundadas no art. 173, § 1º, da CRFB e outras alicerçadas em outras competências constitucionais. Pode-se sustentar também o reconhecimento da inconstitucionalidade formal de algumas passagens da Lei nº 13.303/2016, razão da sua aplicabilidade apenas em relação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica – caso em que seria declarada a inconstitucionalidade dos preceitos dessa lei extensíveis às prestadoras de serviços públicos – e, excepcionalmente, em relação às prestadoras de serviço público, salvo se baseadas no art. 173, § 1º, da CRFB. Ou, por fim, pode-se reconhecer a legitimidade da Lei nº 13.303/2016 para veicular disposições desse jaez, mitigando-se, porém, o seu alcance – caso em que haveria

declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto.

Não há dúvida sobre a atualidade do tema examinado, seja pelo ângulo teórico, seja pelo viés prático. Basta ter em conta que tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624 (BRASIL, 2019e), sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, por meio da qual se procura a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.303/2016 na parte em que determinou a aplicação de suas disposições às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Vejamos o que pensam os defensores da legitimidade *formal* dessa lei.

1 A defesa da aplicabilidade da Lei nº 13.303/2016 em relação a todas as espécies de estatais

Há quem tenha afirmado que essa lei andou bem ao unificar os regimes jurídicos das empresas estatais, sejam elas exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos (ARAGÃO, 2017).

Outros se limitam a examinar a sua aplicação ao procedimento de licitação e contratação, e defendem sua extensão a todas as empresas estatais. Chegam a essa conclusão por entenderem que o art. 22, XXVII, da CRFB (e não o art. 173, § 1º) confere competência ao Congresso Nacional para legislar sobre o tema, viabilizando a fixação de um regime especial de licitação e contratação para as empresas estatais (GUIMARÃES; SANTOS, 2017, p. 21; MAFFINI, 2018, p. 40-41; DI PIETRO, 2017, p. 556).

Defende-se ainda que as relações internas dessas empresas, por estarem regidas pelo Direito Civil e Comercial, são privativamente disciplinadas por lei nacional, conforme prevê

o art. 22, I, da CRFB (MAFFINI, 2018, p. 34). Afirmam, além disso, que o suposto regime jurídico que divide as empresas estatais entre exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos é fruto tão somente de construção doutrinária (NOHARA, 2012, p. 589-591) – portanto, legislativamente superável. Por fim, defendem que a locução “atividade econômica” veiculada no art. 173 da CRFB deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo qualquer atividade economicamente mensurável, inclusive a prestação de serviços públicos (GUIMARÃES; RIBEIRO; RIBEIRO; GIUBLIN; PALMA, 2019, p. 46-47). Desse modo, a lei editada com esse propósito estaria constitucionalmente vocacionada a dispor sobre as relações jurídicas a serem entabuladas pelas empresas estatais.

Outros também afirmam que esse Estatuto apenas não se aplica às empresas estatais municipais, estaduais e do Distrito Federal em relação às normas de organização e estruturação, pois esses temas não estão no plexo de matérias disciplináveis pelo Direito Comercial ou Empresarial (MAFFINI, 2018, p. 41).

Vejamos se, no que se refere às licitações e contratações públicas, a Lei nº 13.303/2016 se aplica às espécies de estatais: as prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividades econômicas.

2 As empresas estatais prestadoras de serviço público não desempenham atividades econômicas

Como se afirmou anteriormente, o art. 173, § 1º, da CRFB previu que lei criaria o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas (DI PIETRO, 2017, p. 354; MELLO, 2019, p. 203). Esse estatuto também fixaria normas especiais sobre licitações e contratações.

Alguns defendem a tese de que o conceito de atividade econômica prevista no art. 173 deve ser interpretado em sentido amplo, compreendendo tanto as atividades econômicas como os serviços públicos (SILVA, 2015, p. 227-241). Em virtude disso, a Lei nº 13.303/2016 seria instrumento idôneo para fixar novo regime de licitação às estatais.

Essa ideia parece-nos equivocada, pois todas as atividades estatais são econômicas, já que economicamente mensuráveis – afinal, onde há atividade estatal, há dispêndio de recursos públicos, cuja dotação é veiculada em lei orçamentária (SOUZA, 1975, p. 29-35; DORIA, 1986, p. 37-41; OLIVEIRA, 2013, p. 77-80; BORGES, 1998, p. 24). O tema é singelamente tratado no campo do Direito Tributário e Financeiro em razão dessa nota comum das atividades públicas (ATALIBA, 1995, p. 28-29), tanto que no

campo do Direito Tributário se procura segregar as atividades estatais segundo a possibilidade de o dispêndio econômico incorrido pelo Estado ser ou não passível de imputação direta ao particular (o que extrema os serviços públicos entre *uti universi* e *uti singuli*) (JARACH, 2004, p. 109; ATALIBA, 1995, p. 129-182). Assim, partindo-se desse conceito, se todas as atividades estatais seriam atividades econômicas, dado que pecuniariamente mensuráveis, esse critério revela-se juridicamente imprestável, já que incapaz de segregar as atividades estatais pelo seu regime jurídico (FREIRE, 2014, p. 246).

Por isso, filiamo-nos à tese de que as atividades econômicas são apartadas dos serviços públicos pelo seu regime jurídico (DAL POZZO, 2012, p. 113-120). Em relação àquelas, impera a livre concorrência; e a estes, a competição (SILVA, 2015, p. 197-221). As primeiras têm sua prestação e desempenho precipuamente circunscrito pelo Direito privado, o que não ocorre em relação a estes. A vontade das partes dispõe sobre o regime de prestação daquelas, caso os particulares decidam desempenhar essa atividade, o que não se cogita em relação a estes, inclusive em razão da figura de sujeição especial. Os que desempenham atividades econômicas remuneram-se pela cobrança de preço, ao passo que os serviços públicos são subvencionados por dotação orçamentária ou, alternativamente, remunerados pela cobrança de taxa ou de tarifa. Aquelas têm titularidade privada, e estes pertencem à alçada estatal. As pessoas jurídicas que desempenham as atividades econômicas são tributadas, mas as que desempenham serviços públicos podem ter a imunidade tributária reconhecida em seu favor.

Logo, pretender amalgamar as duas categorias jurídicas sob o conceito de “atividade econômica” soa-nos um despropósito, pois os institutos têm morfologias jurídicas bastante distintas; em comum, só mesmo a noção – vulgar – de atividade econômica. E justamente por essa razão, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 407.099 (BRASIL, 2004), o STF separou as empresas estatais prestadoras de serviços públicos das que desempenham atividade econômica, para reconhecer em favor das primeiras o benefício da imunidade tributária em razão dessa distinção. Nesse caso, o STF foi ainda mais além: afirmou que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos são juridicamente equiparáveis às autarquias, pois elas desempenham seus misteres públicos sob o mesmo regime jurídico.

Todavia, mutações legislativas ocorridas no curso dos anos fizeram surgir situação não antevista pelo constituinte. Com efeito, empresas estatais e concessionárias e permissionárias passaram a competir na prestação de serviços públicos (FREIRE, 2014, p. 248). Nesse caso, se fossem reconhecidos em favor de todas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos o gozo da imunidade tributária e o usufruto dos

privilégios próprios da Fazenda Pública, elas teriam vantagens competitivas inextensíveis às empresas privadas concessionárias e delegatárias de serviços públicos, situação caracterizadora de quebra da igualdade. Contudo, qual isonomia teria sido rompida? A cláusula geral (art. 5º, *caput*, da CRFB) ou a especial (art. 173, § 2º, da CRFB)?

O equacionamento dessa questão supõe o conhecimento do regime das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, inclusive das hipóteses nas quais atuam em competição.

3 As empresas estatais prestadoras de serviço público em competição com particulares não estão submetidas aos ditames da “Ordem Econômica”

Das atividades economicamente mensuráveis cujo desempenho lícito é autorizado na ordem jurídica, parte foi atribuída ao Estado pela CRFB, que franqueou aos particulares o desempenho da fração remanescente.

No campo público – e, portanto, submetido ao regime jurídico de Direito público –, alocam-se o serviço público, o exercício de poder de polícia, a atividade notarial e de registro (que também é atividade de certificação jurídica, mas não apenas), entre outras. Por sua vez, no campo privado – ou “Ordem Econômica”, na dicção constitucional –, alocam-se as atividades econômicas, cujos princípios regentes estão exemplificativamente arrolados no art. 170 da CRFB.

Nos casos em que é desempenhada por particulares, uma atividade pública não é catapultada à ordem econômica e passa, por isso, a observar os princípios lá regentes. Pelo contrário, mesmo em tais circunstâncias, o Direito público impera. Daí ser flagrantemente equivocada a ideia de que, nos termos do Decreto-lei nº 200 (BRASIL, [1998]), atuam na ordem econômica as empresas estatais prestadoras de serviços públicos. O raciocínio é falacioso, pois é a CRFB – e não o Decreto-lei – que fixa o regime jurídico ao qual estão submetidas as empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Sucedem os traços constitucionais que balizam a prestação dos serviços públicos – tais como universalidade, modernidade, modicidade, continuidade, entre outros – inviabilizam o desempenho dessa atividade conforme preconizado na ordem econômica. É, pois, de Direito público a disciplina jurídica traçada na fixação dos elementos qualificadores de uma atividade como serviço público e do agir dos que desempenham essas atividades, sejam eles particulares ou estatais. E, pelas mesmas razões, os direitos e deveres resultantes da relação entre o usuário do serviço público e o seu prestador estão igualmente disciplinados no campo do Direito público.

Não é por outro motivo que se aplica o Código de Proteção e Defesa do Consumidor apenas na hipótese de ele ampliar a tutela dos direitos do usuário (GROTTI, 2003, p. 340-352). Sem embargo, a incidência desse diploma não pode resultar no amesquinamento das prerrogativas confiadas ao poder concedente para preservar a escoreita persecução do interesse público por meio do desempenho dessa atividade pública. Por isso, na prestação do serviço público por particulares, prepondera a incidência de normas de Direito privado nas relações internas ao próprio prestador. E nessa categoria perfilam situações, tais como alterações estatutárias, contratações destinadas a prover os meios materiais e humanos para o desempenho da atividade pública concedida etc. Nada aquém e nada além disso. O resultado é a inviabilidade de se arguir a possibilidade de os prestadores desses serviços terem conduta atentatória à livre concorrência (art. 170, IV, da CRFB). Afinal, só há livre concorrência na ordem econômica, campo estranho à prestação de serviço público.

Assim, qual regime jurídico deve ser observado nos casos em que empresas públicas e empresas delegatárias de serviços públicos estão juridicamente legitimadas a prestar serviços públicos em favor de um mesmo rol de usuários, disputando, pois, a sua preferência? Nesses casos há a “liberdade vigiada” desses prestadores, que podem eventualmente competir entre si – não em regime de livre concorrência, mas em competição circunscrita aos confins competitivos fixados pelo poder concedente, de modo a viabilizar o oferecimento desses serviços com a melhor qualidade e a menor contraprestação possível.

Vê-se, pois, que o fato de as empresas estatais prestadoras de serviço público atuarem no campo que lhes é próprio – em concomitância com concessionárias ou permissionárias de serviços públicos – não deflagra o desequilíbrio na livre concorrência, pois a atividade por elas exercida é submetida ao regime jurídico edificado em prol do interesse público e que não guarda relação alguma com atividade econômica.

Assim, as empresas estatais que prestam serviços públicos: (i) selecionam e contratam seus empregados por meio de concurso público, de prova ou de prova e títulos; (ii) exoneram esses empregados apenas em hipóteses previamente determinadas, assegurando-lhes o contraditório e a ampla defesa; (iii) devem licitar; (iv) podem ter suas despesas custeadas pelo erário, caso em que aos seus empregados se aplica o teto remuneratório prescrito no art. 37, XI, da CRFB – entre tantas outras características.

Nenhuma dessas exigências é cominada às empresas concessionárias e permissionárias de serviço público.

A rigor, o art. 175 está topologicamente alocado em espaço que lhe é estranho na CRFB. Serviço público, por sua morfologia constitucional, não se identifica com a atividade econômica e, por conseguinte,

os institutos da concessão e da permissão de serviço público não deveriam ter sido estabelecidos em passagem reservada pela CRFB às atividades desempenhadas em regime de livre concorrência.

Aliás, diversas passagens confirmam o desacerto do constituinte nesse aspecto. Com efeito, utiliza-se a locução “serviço público” para: (i) definir bens públicos especiais, empregados para a prestação de serviços públicos (art. 20, IV); (ii) qualificar serviços de competência da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (arts. 21, 24, I, 25 e 30); (iii) gizar a competência administrativa para a execução dessas atividades no Distrito Federal (art. 21, XIV); (iv) qualificar a atividade de fiscalização a ser levada a efeito pela polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (art. 21, XXII); (v) impor o dever de vinculação de parte da dotação orçamentária à saúde (art. 35, III); (vi) autorizar sua contraprestação por meio de taxa, desde que essa atividade estatal seja experimentada pelos usuários, efetiva ou potencialmente, de modo específico e divisível (*uti singuli*, portanto), nos termos do art. 145, II.

Vê-se, pois, que nas passagens em que a CRFB se refere a serviço público sempre está presente o regime jurídico de Direito público; daí não ser crível que, apenas pelo fato de estar prevista no art. 175 da CRFB, a prestação de serviços públicos em concessão ou permissão passaria a qualificar-se como atividade econômica e atrairia a incidência do regime jurídico privado (próprio da livre iniciativa).

A propósito, esse deslocamento do art. 175 da CRFB decorre da adoção, pelos constituintes, da equivocada definição veiculada no art. 5º do Decreto-lei nº 200, segundo a qual as empresas estatais são criadas para em livre iniciativa explorar atividade econômica (MELLO, 2019, p. 194-195). Fiados nesse preceito, os constituintes inseriram o instituto da concessão e da

permissão no capítulo da “Ordem Econômica”, vertendo um equívoco legal em desacerto constitucional.

4 As empresas estatais prestadoras de serviço público concorrenciais e não-concorrenciais: solução publicista para os desequilíbrios competitivos

O desequilíbrio na competição entre as empresas estatais e concessionárias e permissionárias de serviço público não se resolve por institutos típicos da ordem econômica. Ante essa impossibilidade, o STF passou a distinguir as empresas estatais entre prestadoras de serviço público concorrenciais e não concorrenciais.

Ao fazê-lo, o STF assinalou que o regime jurídico aplicável às primeiras (concorrenciais) é mais próximo ao regime de Direito privado, ideia inextensível às empresas estatais não concorrenciais, obedientes ao regime tipicamente de Direito público em suas relações, incluindo-se as licitações realizadas e os contratos firmados. E justamente em virtude desse critério – ser a atividade pública desempenhada de modo concorrential ou não concorrential – edifica-se um regime publicista para prevenir os desequilíbrios competitivos na prestação de serviços públicos.

Com efeito, ao julgar a Repercussão Geral no RE 599.628 (BRASIL, 2011), o STF firmou esta Tese: “Sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica em regime concorrential não se beneficiam do regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição da República”. Vê-se, pois, que o distinto modo de prestação do serviço público aproximou as empresas estatais do regime aplicável às concessionárias e permissionárias. Coerentemente, o STF afirmou em relação às empresas públicas não concorrenciais que

[à] empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (RE 225.011) (BRASIL, 2000, p. 928).

E também que “[a] jurisprudência da Suprema Corte é no sentido da aplicabilidade do regime de precatório às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial” (Agravamento Regimental no RE 852.302) (BRASIL, 2015, p. 1).

Daí a síntese do ministro Luís Roberto Barroso nos autos do Agravamento Regimental no RE 627.242 (BRASIL, 2017, p. 1): “[é] aplicável às companhias estaduais de saneamento básico o regime de pagamento por precatório (art. 100 da Constituição), nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro”.

A ideia é coerente. Com efeito, se as empresas concessionárias e permissionárias são regularmente tributadas ao prestarem serviço público de modo concorrencial, a isonomia impõe a submissão das empresas estatais ao mesmo regime tributário. Afinal, o oferecimento de uma mesma comodidade à população por valores distintos (ou gravados tributariamente de modo diverso) resultaria no malbaratamento do interesse público. De fato, ou (i) essa discriminação tributária inviabilizaria o prosseguimento da atividade desempenhada pelas concessionárias e permissionárias, pois os usuários tomariam o serviço das empresas estatais, ante a maior

modicidade da contrapartida; ou (ii) esse tratamento tributário discriminatório ensejaria a degradação das atividades desempenhadas pelas concessionárias e permissionárias, pois o maior esgarçamento do seu patrimônio – em face das empresas estatais competidoras – inviabilizaria a prestação de serviços públicos à população com o mesmo nível de comodidade e eficiência. Por conseguinte, não há coerência lógica capaz de justificar o tratamento distinto (a discriminação tributária) em vista do fim almejado (a prestação de serviço público adequado e eficiente).

Não se chega a essa conclusão com o argumento de que, competindo as empresas estatais com empresas privadas prestadoras de serviços públicos delegados, o Poder Público atuará em “igualdade de condições com a iniciativa privada” (ARAGÃO, 2007, p. 142). Como se demonstrou, o equacionamento dessa questão é todo publicista. Assim, não se pode invocar o art. 173 ou 175 da CRFB para pretender submeter todas as espécies de empresas estatais ao regime de licitação e contratação fixado pela Lei nº 13.303/2016; só as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas lhe devem observância nesse particular.

Entretanto, muitos entendem que essa lei também encontraria fundamento da validade no art. 22, XXVII, da CRFB, razão da legitimidade da fixação de um regime singular de licitação para essas empresas.

5 A Lei nº 13.303/2016 não pode criar um regime diferenciado de licitação e contratação para as empresas estatais

A CRFB confere ao Congresso Nacional o dever-poder de fixar a disciplina normativa das licitações e dos contratos administrativos. A despeito desse encargo, é corrente a ideia de que o

labor daquela Casa legislativa nesse campo se limita à produção de normas gerais. Sem prejuízo destas sobre o tema de licitações e contratações públicas, a CRFB legitima a produção de uma disciplina normativa própria extensível apenas a algumas pessoas estatais.

Trata-se, como é sabido, do regime diferenciado de licitação e contratação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica (art. 22, XXVII, *in fine*, e art. 173, § 1º, III, da CRFB). Segundo a CRFB (BRASIL, [2019a]), o Parlamento detém a prerrogativa de fixar em favor dessas pessoas estatais um regime peculiar de licitação e contratação, observados os princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*). Não se exigiu observância à disciplina fixada em norma geral de licitações e contratações públicas; obediência haverá aos princípios que informaram sua produção e interpretação, e não à norma geral de licitação.

A possibilidade de um regime especial de licitação e contratação para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica é simplória: elas se veem na contingência de atuar na ordem econômica e adotar – em certa medida – o regime privado de seleção e contratação. Afinal, somente por meio desse expediente conseguem competir efetivamente com o particular e, dessa forma, alcançar os fins que justificam sua excepcional atuação na ordem econômica.

Assim, em qual plano o Congresso Nacional habitualmente laborou até os dias atuais para dispor sobre licitações e contratos? Ele produziu comandos normativos aplicáveis a todas as pessoas que pretendam travar relações jurídicas de conteúdo patrimonial com o Poder Público. Isto é, previu o conjunto normativo para todos os que pretendam contratar com o Estado, independentemente da tipificação ou especial morfologia da relação jurídica de índole patrimonial a ela subjacente.

O que fez a Lei nº 13.303/2016? Criou um peculiar regime de licitação e contratação aplicável apenas às estatais. Nesse contexto, ela se qualifica como norma geral ou norma especial? Está em harmonia, pois, com o art. 22, XXVII, da CRFB? Para responder a esse questionamento, há uma premissa a ser solvida: lei geral e lei especial são expressões sinônimas de norma geral e norma especial? Ou seja, o objeto jurídico subjacente a esses distintos rótulos é o mesmo ou não?

Segundo Mello (2007, p. 272), se uma lei diz respeito a todos os indivíduos, é uma lei geral; se, ao contrário, tem âmbito restrito a determinadas situações, qualifica-se como lei especial. Classificam-se essas espécies de lei pelo seu conteúdo; lei em sentido material, portanto, revela-se como um plexo de normas jurídicas (MELLO, 2007, p. 254).

Apesar de as leis gerais serem assim qualificadas em vista do seu conteúdo normativo, não se diferenciou a lei geral da norma geral. O que seriam, então, normas gerais? O art. 24, § 1º, da CRFB (BRASIL, [2019a]) prescreve que, havendo competência concorrente entre as pessoas políticas para legislar sobre determinado conjunto de relações intersubjetivas, a lei produzida pelo Poder Legislativo da União veiculará normas gerais sobre o tema. A expressão “normas gerais” é, portanto, empregada de forma plurissignificativa na linguagem da Ciência do Direito. Com efeito, se pretendermos classificar as normas jurídicas com base em sua estrutura (um dos possíveis critérios classificatórios), teremos normas jurídicas gerais, abstratas, concretas e individuais.

Todavia, esse juízo é imprestável para apartar as normas gerais das demais espécies veiculadas no ordenamento jurídico, pois qualquer uma delas poderá ser norma geral à luz da classificação estrutural apontada acima. Desse modo, a dessemelhança entre elas prevista constitucionalmente não reside nesse elemento classificatório. Daí porque usualmente se qualificam

como normas gerais as normas jurídicas que veiculam em seu conteúdo mandamentos: (i) genéricos a serem observados inexoravelmente por posteriores atos normativos que pretendam dispor, total ou parcialmente, a respeito do plexo de direitos e obrigações de sujeitos de direitos advindo das possíveis relações jurídicas que tenham por objeto certo bem juridicamente tutelado; (ii) que podem ser aplicados de maneira uniforme e indistinta nas localidades em que se verifique o surgimento de relações jurídicas decorrentes de suas disposições obrigatórias (ATALIBA, 1969); e (iii) fixadores de um padrão mínimo de conduta a ser observado por todos os entes políticos, fixando um mínimo de garantias (MELLO, 2011).

Sob essas perspectivas, gerais são as normas de produção normativa ou normas de estrutura que, adicionalmente, disciplinam o mínimo essencial do tema por elas legislado. Qualificam-se como especiais os comandos prescritivos que pretendem disciplinar o comportamento humano em vista dos padrões ditados nas normas gerais. Por isso, toda norma geral é veiculada em lei geral, mas nem toda lei geral veicula norma geral. De outro lado, pode haver norma especial veiculada em lei geral, mas não lei especial veiculada em norma geral. Com isso, conclui-se o óbvio: lei especial não veicula norma geral.

Em vista disso, somente lei geral que veicule norma geral em seu conteúdo poderá apreçoar a existência de um regime nacional de licitação e contratação (art. 22, XXVII, da CRFB). Assim, o texto constitucional obriga que o estatuto nacional das licitações e contratações públicas seja, a um só tempo, lei geral e norma geral. Por isso, mesmo as normas especiais sobre o tema têm campo e curso apenas nas esferas estadual e municipal.

Assim, como se qualifica a Lei nº 13.303/2016 quanto ao regime diferenciado de licitação e contratação das estatais? É lei especial e norma especial. É lei especial porque restringe sua aplicação apenas às empresas estatais, afastando-se a aplicação da Lei nº 8.666/1993. Logo, seu campo de incidência está restrito a um específico plexo de relações jurídicas a serem entabuladas por pessoas integrantes da Administração indireta do Estado.

Ora, a Lei nº 8.666/1993 já fixa o regime geral para as contratações de obras e serviços de engenharia, além de outros que lhes sejam correlatos. A Lei nº 13.303/2016 prevê disciplina jurídica bastante diversa, tanto para a licitação dessas relações patrimoniais quanto para o seu regime de contratação. Criou, pois, um campo especial de incidência para suas disposições.

Pode-se defender a lisura da Lei nº 13.303/2016 assinalando a existência de outros regimes de licitação e contratação à margem da Lei nº 8.666/1993: a Lei da Anatel (Lei nº 9.472/1997) (BRASIL, [2019c]) e a Lei da ANP (Lei nº 9.478/1997) (BRASIL, [2019d]). Essa disciplina jurídica foi fixada dadas as peculiaridades de certas licitações e contra-

tações públicas empreendidas em relação àquelas atividades estatais. Essas leis veiculam, pois, normas especiais. O que não se pode fazer é afastar – explícita ou implicitamente – a disciplina geral estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, a fim de dispor sobre tratamento peculiar a certas licitações e contratações das estatais.

A Lei nº 13.303/2016 pretendeu dar tratamento peculiar às licitações e contratações de todas as empresas estatais. Criou um mundo novo no tema das licitações e contratações no qual procurou reunir as licitações e contratações públicas levadas a efeito por essas pessoas. Contudo, essa disciplina não encontra espaço em nossas instituições republicanas.

Conclusões

Os serviços públicos não são qualificados como atividades econômicas e, por isso, as pessoas jurídicas que os desempenham não estão submetidas à disciplina dos arts. 170 e seguintes da CRFB. Em virtude disso, seu art. 175 está alocado em passagem que lhe é estranha, pois o regime jurídico aplicável a essa atividade é diverso do fixado na “Ordem Econômica”.

O art. 173 da CRFB admite que lei fixe um regime especial de licitação e contratação para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, faculdade não aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos. Assim, a Lei nº 13.303/2016 certamente é aplicável àquelas, mas não a estas. Não se sustenta a tese de que essa lei encontra fundamento de validade no art. 22, XXVII, da CRFB, pois, se assim fosse, estar-se-ia edificando um regime de licitação aplicável apenas às empresas estatais. Desse modo, a lei pretende qualificar como norma geral um objeto jurídico que, por sua circunscrição e limitação, assume feição de norma especial.

Nessa circunstância, ela não seria extensível às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, pois suas licitações e contratações são disciplinadas por norma geral (Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002) e não por norma especial (Lei nº 13.303/2016).

Sobre os autores

Maurício Zockun é doutor em Direito Administrativo e mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil;

professor de Direito Administrativo da graduação, mestrado e doutorado da PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: mzockun@pucsp.br

Carolina Zancaner Zockun é doutora e mestra em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professora de Direito Administrativo da graduação da PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; procuradora da Fazenda Nacional.

E-mail: czockun@pucsp.br

Como citar este artigo

(ABNT)

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Estatuto das empresas estatais: as empresas estatais obrigadas a licitar e contratar segundo a Lei nº 13.303/2016. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 177-192, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p177

(APA)

Zockun, M., & Zockun, C. Z. (2020). Estatuto das empresas estatais: as empresas estatais obrigadas a licitar e contratar segundo a Lei nº 13.303/2016. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 177-192. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p177

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Regime jurídico das empresas estatais. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: PUC-SP, 2017. (Direito Administrativo e Constitucional, t. 1). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. (Coleção Estudos de Direito Tributário).

_____. Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios: limites à norma geral: Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 45-80, out./dez. 1969.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *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, [2019d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 627.242/AL*. Direito constitucional e administrativo. Companhia estadual de saneamento básico. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial. Execução pelo regime de precatórios [...]. Agravante: Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas – CASAL. Agravado: FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 2 de maio de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12940998>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 852.302/AL*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Sociedade de economia mista. Regime de precatório. Possibilidade. Prestação de serviço público próprio do Estado. Natureza não concorrencial. Precedentes [...]. Agravante: União. Agravada: Companhia de Saneamento de Alagoas – CASAL. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10361541>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 225.011/MG*. Recurso extraordinário. Constitucional. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69. Execução. Observância do regime de precatório. Aplicação do artigo 100 da Constituição Federal [...]. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Claudio Rodrigues dos Santos. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Maurício Corrêa, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=251097>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 407.099/RS*. Constitucional. Tributário. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção [...]. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Município de São Borja. Relator: Min. Carlos Velloso, 22 de junho de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261763>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 599.628/DF*. Financeiro. Sociedade de economia mista. Pagamento de valores por força de decisão

judicial. Inaplicabilidade do regime de precatório. Art. 100 da Constituição. Constitucional e processual civil. Matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida [...]. Recorrente: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte. Recorrida: Sondotécnica Engenharia de Solos S/A. Relator: Min. Ayres Britto. Redator do acórdão: Min. Joaquim Barbosa, 22 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628740>. Acesso em: 24 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade 5.624/DF*. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Concessão parcial monocrática. Interpretação conforme à Constituição. Art. 29, *caput*, da Lei 13.303/2016. Venda de ações. Alienação do controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias e controladas. Necessidade de prévia autorização legislativa e de licitação. Voto médio. Medida cautelar parcialmente pelo Plenário [...]. Requerente: Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal – Fenace; Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – Contraf/CUT. Interessado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 6 de junho de 2019e. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751504007>. Acesso em: 24 jun. 2020.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 32).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo CPC e a Lei 13.363/2016. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DORIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 34).

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 6).

GUIMARÃES, Bernardo Stobel; RIBEIRO, Leonardo Coelho; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Comentários à Lei das estatais: (Lei nº 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GUIMARÃES, Edgard; SANTOS, José Anacleto Abduch. *Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JARACH, Dino. *O fato imponible: teoria geral do direito tributário substantivo*. 2. ed. rev. da tradução de Dejalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAFFINI, Rafael. Comentários: artigos 1º-27. In: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTE, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/16*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31-124.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 13, n. 66, p. 15-20, mar./abr. 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 2. ed. atual. e rev. com as Leis n. 12.527 e 12.529. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Ed. póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

Da opinião à cooperação

Uma reflexão sobre a participação do cidadão na democracia digital

VALÉRIA CASTANHO

Resumo: O presente artigo discute a importância da participação política do cidadão para a concretização da democracia digital, apontando algumas barreiras e desafios para incrementá-la tanto em quantidade como em qualidade. Afirma que os indivíduos precisam ser estimulados a participar da política, mas para isso necessitam sentir que são ouvidos e atendidos pelo Estado. Define e contextualiza as duas teorias tradicionais de participação: a participativa e a deliberativa, com suas convergências e divergências, e aponta a atual tendência de participação direta por meio da inteligência coletiva colaborativa, mais atrativa para os cidadãos que demandam contribuir mais ativamente para os negócios políticos. Conclui que, embora palpável, esse tipo de iniciativa, denominada *crowdlaw*, ainda está no início e, para que se torne uma realidade mais concreta, é preciso romper as barreiras de dominação presentes historicamente no relacionamento hegemônico entre representantes e representados.

Palavras-chave: Democracia digital. Participação política. Transparência. *Crowdsourcing*. *Crowdlaw*.

From opinion to cooperation: a reflection on participation in digital democracy

Abstract: This article discusses the importance of citizen's political participation for the materialization of digital democracy, pointing out some barriers and challenges to increase participation both in quantity and in quality. It states that individuals need to be encouraged to participate in politics, but to do so, they need to feel that they are heard and served by the State. It defines and contextualizes the two traditional theories of participation: the participatory and the deliberative, with their convergences and divergences, and points to a new more participatory and direct trend through the collaborative collective intelligence, which has been showing itself more attractive for those citizens that advocate

Recebido em 5/3/20
Aprovado em 2/4/20

contribute more directly to political affairs. It concludes that, although palpable, this type of more direct initiative called is still at the beginning, and in order for becoming a more concrete reality it is necessary to break the hegemonic domination barriers that historically exist in the relationship between representatives and the representeds.

Keywords: Digital democracy. Political participation. Transparency. Crowdsourcing. Crowdlaw.

1 Introdução

Democracia digital não é uma nova forma de democracia. É a mesma democracia que conhecemos, mas agora transportada para uma realidade em que o e, de eletrônico, incorpora-se ao termo original para, com a internet e as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), ampliar e reforçar o seu conceito, abrindo espaço para a ciberdemocracia.

O resultado almejado é incrementar a participação democrática quantitativa e qualitativamente. Parece simples, mas não é, pois, como ressalta Gomes (2005b, p. 75), a internet e todos os seus aparatos, sistemas e agentes tanto podem servir para fortalecer a democracia quanto para enfraquecê-la. “Aparentemente, também aqui o que pode ser usado para o bem pode igualmente o ser empregado para o mal”.

Há uma corrente enorme de céticos em relação a essa suposta potencialidade inovadora da democracia digital. Eles afirmam que é um pouco do mesmo em outro formato, com sérios riscos de até aprofundar o enorme fosso já existente entre conectados e excluídos digitais, que são, em sua maioria, excluídos sociais.

Por outro lado, o grupo de entusiastas defende que a democracia digital é capaz de incrementar uma participação mais efetiva, justa e direta ou semidireta da sociedade civil nas práticas políticas. Para essa corrente de otimistas, a ciberdemocracia poderia produzir um impacto positivo significativo na vida dos indivíduos, em especial porque permitiria, em tese, reduzir consideravelmente os déficits democráticos da confiança cidadã nos políticos e nas instituições (AGGIO; SAMPAIO, 2013; COLEMAN; BLUMLER, c2009; MARQUES, 2010; GIDDENS, 2006), os déficits de participação política (GOMES, 2005a; MARQUES, 2010), bem como de educação e raciocínio crítico (COLEMAN; BLUMLER, c2009). A internet teria ainda o poder de ajudar no combate à corrupção (GIDDENS, 2006), ao distanciamento e à alienação do cidadão em relação ao processo polí-

tico (GOMES, 2005a; COLEMAN; BLUMLER, c2009; AGGIO; SAMPAIO, 2013; GIDDENS, 2006), entre outros sintomas apontados como causas da “suposta crise da representatividade”¹.

Por meio de uma reflexão teórica baseada em pesquisa bibliográfica e documental, este artigo dedica-se a analisar a importância da participação cidadã na política. Parte-se da hipótese de que a maior participação do cidadão pode transformar contextos, ajudar a combater a suposta “crise” de representatividade e desenvolver uma cultura de participação.

Todavia, a democracia digital tem efetivamente atuado em favor de uma maior participação cidadã no processo político ou servido aos interesses de dominação do Estado? Estimular o cidadão a participar mais do processo político depende do Estado ou do próprio cidadão? Além de votar nas eleições, há como participar mais direta e efetivamente da política?

Este trabalho está dividido em três seções. A primeira discute os potenciais da democracia digital, mostrando que ela pode servir tanto a fins democráticos como para legitimar a dominação do Estado, a depender de como for empregada. Aponta ainda alguns desafios a serem enfrentados para ampliar a participação do cidadão na política.

A segunda seção contextualiza a qualidade da participação na democracia digital como essencial para ajudar na redução do déficit democrático. Aponta ainda benefícios da oferta de mecanismos mais eficazes de participação na esfera política e requisitos para se concretizar uma real e efetiva interação do cidadão

¹ Foi usada a expressão “suposta crise da representatividade” porque muitos autores sustentam que o emprego do termo “crise” é inadequado, pois não existe, de fato, uma crise, já que a democracia, para eles, nunca esteve tão em alta e com tantas oportunidades de participação (COLEMAN; BLUMLER, c2009; AGGIO; SAMPAIO, 2013; GOMES, 2005b). Segundo apontam, o problema é, entre outros fatores, a falta de uma cultura de participação política e o padrão democrático adotado, considerado distante do ideal.

com o Poder Público. Finalmente, alerta que o Estado precisa tanto oferecer mais ferramentas participativas como demonstrar real interesse em ouvir e compartilhar o poder com o cidadão.

A terceira parte focaliza as diferenças básicas entre as duas principais correntes participativas (teoria participativa e teoria deliberativa) e discorre sobre experiências de participação mais direta nos negócios públicos por meio da inteligência coletiva colaborativa e do *crowdlaw*, que vêm despontando como propostas mais atraentes para o cidadão participar ativamente do processo político.

Conclui-se que, embora a princípio a ideia de uma participação institucionalizada mais direta tenha surgido com a promessa de revigorar a democracia, esse ideal ainda parece estar longe de se concretizar devido à necessidade de romper barreiras de dominação social e cultural seculares já enraizadas, bem como de convencer os políticos (representantes) a compartilhar o poder com os cidadãos (representados).

2 Potencial da democracia digital

A democracia digital, por si só, não é capaz de modificar qualquer quadro sociocultural ou de reativar a democracia direta. Trazer esta última expectativa ao debate seria, no mínimo, leviandade ou o mesmo que admitir a possibilidade de uma ágora em sua plenitude, como imaginaram filósofos, entre eles Rousseau, no clássico *O contrato social*.

Conforme aponta a literatura, a democracia digital tem tanto um enorme potencial para revigorar o sistema democrático quanto para ampliar mais ainda a distância entre privilegiados (conectados) e marginalizados (desconectados), a depender de como ela seja empregada pelo sistema e absorvida pelos envolvidos. Se de um lado há um esforço para que as TICs

sejam utilizadas para criar uma sociedade mais igualitária e inclusiva, do outro há o interesse hegemônico de que o poder continue nas mãos de poucos e a participação dos cidadãos permaneça restrita ao voto nas poucas oportunidades permitidas constitucionalmente (eleição, plebiscito e referendo).

Contudo, é preciso reconhecer que, conquanto não se traduzam automaticamente em benefícios para a sociedade, os avanços democráticos conquistados com o surgimento da internet e das TICs têm propiciado maior transparência dos governos e mais participação política dos cidadãos. No Brasil, a Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011), a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, [2018]) e o governo eletrônico e aberto são algumas das conquistas que não deixam margem a especulações quanto ao aumento da transparência. No entanto, ainda há considerável grau de dominação simbólica² em aspectos diversos nem sempre facilmente perceptíveis, como informação unidirecional (de cima para baixo) e opaca, bem como formas pouco “democráticas e transparentes” de atender aos preceitos da legislação.

Ainda assim, a participação política do cidadão na esfera virtual tem encontrado um espaço sem fronteiras para impulsionar a democracia digital com experiências genuinamente inovadoras, muitas delas institucionalizadas pelo próprio

² A dominação simbólica resulta do “poder simbólico”, conceituado por Bourdieu (1998, p. 8) como “um poder invisível que pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe são sujeitos ou mesmo que o exercem”. Esse poder simbólico também está presente na dominação simbólica da representação política, que Bourdieu (1998) divide em dois campos: o dos agentes politicamente ativos, os mandantes, e o dos politicamente passivos, os mandatários. As relações entre os dois é sentida por meio de uma distribuição desigual de instrumentos de produção segundo a qual os cidadãos comuns (mandatários/representados) são meros consumidores e, portanto, devem permanecer afastados do mundo político. Segundo Bourdieu (1998, p. 11), os sistemas simbólicos têm a “função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação de uma classe sobre a outra (violência simbólica), contribuindo para a ‘domesticação dos dominados’”.

Estado, a exemplo dos programas e-Democracia, da Câmara dos Deputados, e e-Cidadania³, do Senado Federal.

Entretanto, a participação “efetiva” tem um significado maior, que passa pelo empoderamento do cidadão. Assim, para que a democracia digital seja uma iniciativa relevante, é preciso, segundo Gomes (2011, p. 28), atender pelo menos a um dos três propósitos voltados para o aumento do poder civil, dos direitos e das liberdades, bem como do pluralismo e do poder das minorias:

1. fortalecer a capacidade concorrencial da cidadania, por meio do aumento da transparência do Estado, das formas de responsabilização dos agentes políticos e da participação e influência civis; 2. consolidar e reforçar uma comunidade política organizada como Estado de Direito; 3. proporcionar o aumento da diversidade de agentes, agências e agendas na esfera pública e nas instâncias de decisão política, assim como de instrumentos, meios e oportunidades para que as minorias possam ter oportunidade de se manifestar e ser representadas nessas mesmas searas.

A internet, para Gomes (2005a, p. 217), é tanto uma inspiração para a participação política da esfera civil quanto uma prova de que há efetivamente mecanismos de participação popular na vida pública. Nesse contexto, a democracia digital funciona como um “expediente semântico empregado para referir-se à experiência da internet e de dispositivos que lhe são compatíveis, todos voltados para o incremento das potencialidades de participação civil na condução dos negócios públicos”. Os benefícios que a tecnologia pode oferecer à democracia

³ Os programas e-Democracia ([2020]) e e-Cidadania ([2020]) foram criados 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 no Congresso Nacional e na sociedade.

relacionam-se, por um lado, a um diagnóstico claro de que existe um profundo déficit democrático decorrente da redução da participação política dos indivíduos e, por outro, à expectativa de que as tecnologias podem melhorar as democracias. De acordo com Gomes ([2018], p. 52),

[a] participação política cidadã aparece, então, como o caminho para a “redemocratização das democracias”. O discurso público sobre o fato de tecnologias da comunicação estarem vindo em socorro da democracia é, portanto, típico dos ambientes que partilham a ideia de que há um déficit democrático que só pode ser resolvido com mais participação. E a democracia participativa é mais um dos pontos de contato entre teoria democrática e democracia digital.

Contudo, para que o cidadão deseje participar mais ativamente dos negócios públicos, é preciso enfrentar alguns desafios, entre os quais a busca por um desenho – ou redesenho – institucional que possibilite a ele sentir-se ouvido e atendido. É necessário criar uma consciência genuinamente cidadã, o que implica o estabelecimento de um novo marco no relacionamento entre Estado e sociedade, baseado em maior confiança nos agentes políticos, aliado a uma cultura de boa gestão pública, transparência, prestação de contas, políticas de inclusão, bons serviços públicos e educação de qualidade em todos os níveis.

3 Qualidade da participação

O tema participação, segundo Marques (2010), deve ser compreendido sob dois ângulos: o primeiro reconhece a relevância da participação para a consolidação, a manutenção e o aperfeiçoamento da democracia e sua legitimidade; o segundo detém-se nos argumentos favoráveis à oferta de mecanismos de participação aos indivíduos. Marques defende que a questão da legitimidade da democracia está menos ligada à existência de uma suposta crise e mais à falta de mecanismos participativos capazes de conferir ao cidadão mais do que escolher, por meio do voto, os representantes da esfera política (soberania popular). Embora várias instituições públicas já venham oferecendo iniciativas de participação aos cidadãos, há vários outros fatores que influenciam o envolvimento popular, como a cultura cívica das diferentes esferas, a disposição dos cidadãos em participar ou mesmo o tipo de comprometimento das instituições em permitir a participação.

De acordo com Marques (2010, p. 602), são vários os benefícios de se oferecerem mecanismos de participação política mais eficazes e variados à população:

lide com informações importantes para o aperfeiçoamento de planejamentos e de políticas governamentais; otimização dos prazos e custos quanto à implementação de políticas; imposição de dificuldades à prática do clientelismo e do patrimonialismo; estímulo à atividade cívica e à aquisição de repertório cognitivo sobre o funcionamento dos processos políticos institucionais e não-institucionais; organização da sociedade para requisições de cunho político; oportunidade de cidadãos de renda mais baixa tomarem parte no processo de decisão política; modificações na maneira como as instituições políticas percebem as demandas do público; credibilidade das instituições que promovem mecanismos de *input* participativos.

Contudo, outros fatores precisam ser levados em conta para que a participação resulte na efetividade esperada, como a maior agilidade do Estado em responder às consultas públicas. Conforme explica Marques (2010), há vários graus de participação política on-line, cada um com diferentes níveis e etapas interligadas para possibilitar sua efetivação. Assim, para que a participação seja de qualidade, é necessário que, além de ferramentas participativas, o cidadão seja estimulado a participar por meio de *design* apropriado, fácil e convidativo.

Outro fator importante para que o indivíduo seja estimulado a participar é o grau de transparência da instituição, essencial para fortalecer sua legitimidade e seu bom funcionamento. De acordo com Silva (2016), para as instituições democráticas funcionarem bem, é preciso que haja um bom fluxo informativo, um sistema de *accountability* política eficiente e garantias tanto de direito à informação quanto de liberdade de expressão. Para o autor, no âmbito político, após o advento da internet e das TICs, uma instituição democrática é “necessariamente uma instituição transparente, livre de nebulosidade e ações incompreensíveis, irregulares e injustificáveis à luz do interesse geral e da opinião pública” (SILVA, 2016, p. 29). Para ele, a transparência é não só indispensável para melhorar o desempenho das instituições, mas também para a *accountability*, a boa governança, a prevenção à corrupção e para a confiança e credibilidade delas e de seus agentes.

Aggio e Sampaio (2013) distinguem cinco diferentes formas de participação na democracia digital, cada uma com um papel peculiar e efeitos característicos: a participação pelo voto (*e-voting*) em temas previamente selecionados pelo órgão público, seguida pela deliberação (*e-deliberation*), para disponibilizar aos cidadãos espaço de discussão entre si ou com representantes públicos; as petições on-line (*e-petitioning*), por meio de abaixo-assinados conduzidos por cidadãos e encaminhados aos poderes Executivo e Legislativo; a tomada de decisão (*e-decision making*), que é uma forma de colaboração direta dos cidadãos na elaboração de políticas públicas; e a consulta on-line (*e-consultation*), que funciona de forma

inversa, ou seja, os órgãos públicos consultam os indivíduos a respeito de temas de interesse público.

Todavia, não basta haver mecanismos democráticos com objetivos claramente inclusivos e participativos para que o indivíduo se sinta engajado nos negócios públicos. Na opinião de Freitas (2016), o cidadão precisa sentir-se incluído no universo discursivo, com base em padrões aceitos socialmente, para que experimente a sensação de ser reconhecido, aceito e acreditado pelo meio. “Ao não se sentir legitimado, o cidadão, com base em uma autopercepção de não pertencimento ou de incapacidade política, alimentada pelos mecanismos de dominação simbólica secularmente presentes, eximir-se-á, ele mesmo, da participação em processos políticos” (FREITAS, 2016, p. 127).

O processo que legitima uma autoimagem de não pertencimento à esfera política e de incapacidade no que se relaciona à participação em processos políticos formais pode ser explicado pelo conceito de *paradoxo de doxa* desenvolvido por Bourdieu⁴, ou seja, uma submissão paradoxal, a aceitação da dominação pelo dominado, que ele classifica como “violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento” (BOURDIEU, 2002, p. 7). Como descreve Miguel (2010, p. 26, grifo do autor)⁵, “[h]á, aqui, uma excelente ilustração daquilo que Pierre Bourdieu chamava de *efeito de doxa*, isto é, nossa visão do mundo social constrange nosso comportamento, comprovando (e naturalizando) aquilo que pensamos”.

Coleman e Blumler (2009) afirmam que os cidadãos desejam participar da política, mas querem sentir-se mais envolvidos no processo político por meio de maior compartilhamento de informações e atividades governamentais. A solução, segundo explicam, não pode vir isoladamente, de apenas um dos lados, porque os cidadãos não irão simplesmente confiar no governo e passar a se engajar sem alguma contrapartida.

As pessoas querem a garantia de que o governo possa ser monitorado e também se comprometa a ser mais aberto a novas agendas públicas

⁴ Bourdieu, no preâmbulo do seu livro *A dominação masculina*, define o paradoxo da *doxa* como “o fato de que a ordem do mundo, tal como está, com seus sentidos únicos e seus sentidos proibidos, em sentido próprio ou figurado, suas obrigações e suas sanções, seja *grosso modo* respeitada, que não um maior número de transgressões ou subversões, delitos e ‘loucuras’; [...] ou, o que é ainda mais surpreendente, que a ordem estabelecida, com suas relações de dominação, seus direitos e suas imunidades, seus privilégios e suas injustiças, salvo uns poucos acidentes históricos, perpetue-se apesar de tudo tão facilmente, colocados à parte alguns acidentes históricos, e que as condições de existência as mais intoleráveis possam permanentemente ser vistas como aceitáveis ou até mesmo naturais” (BOURDIEU, 2002, p. 7).

⁵ Nesse artigo, Miguel discorre sobre a ausência das mulheres da política por sentirem que se trata de um campo simbólico de dominação masculina. O autor defende a criação de um sistema de cotas para garantir a eleição das mulheres para cargos políticos.

desafiadoras, construídas honestamente e junto com a sociedade civil. “A política pode fazer as instituições funcionarem melhor, desenvolverem novos institutos que reflitam e promovam normas sociais desejáveis e – tão importante – forneçam aos cidadãos a capacidade, a confiança e as estruturas constitucionais capazes de gerar eficácia e engajamento”⁶ (COLEMAN; BLUMLER, 2009, p. 155, tradução nossa).

4 Participação, deliberação e colaboração

Tanto a participação quanto a deliberação política são experiências participativas ligadas ao envolvimento off-line ou on-line do cidadão nos processos decisórios, num cenário de maiores possibilidades interativas entre representantes e representados. Tanto a teoria participativa quanto a deliberativa têm como ponto de partida a crítica ao sistema representativo, reconhecendo a existência de uma crise de legitimidade que precisa ser solucionada por meio de maior participação. O que varia é o grau de participação. Na teoria participativa, segundo explica Alcantara (2018), o enfoque é mais voltado para um envolvimento direto dos indivíduos nos assuntos públicos. Os deliberativos, por sua vez, inspirados na teoria habermasiana, são mais direcionados para a discussão racional qualitativa e para o uso da razão comunicativa para pressão e influência sobre os representantes para que atuem com mais responsabilidade.

Lodewijckx ([201-], grifos da autora, tradução nossa) explica que tanto a democracia participativa quanto a deliberativa dão voz ao

cidadão no sistema governamental, mas de formas diferentes. Ambos são importantes, mas “a democracia participativa se concentra em *capacitar os cidadãos a agir*, enquanto um sistema deliberativo se concentra em *alcançar consenso por meio de discussões, debates e informações*”⁷.

Nos últimos anos, as experiências de e-participação têm aumentado significativamente. Segundo Gomes ([2018], p. 53), em 2016 representaram 50% de todas as publicações na área de democracia digital. Esse crescimento exponencial deve-se, principalmente, à diversidade de experimentos que envolvem um tipo de participação mais direta do cidadão em propostas diversas relacionadas a orçamentos participativos, consultas públicas, petições, ferramentas de comunicação interativas, participação da sociedade em processos de decisão política, mas, em especial, ao voto eletrônico. “Muitas e mui variadas coisas, portanto, se resolvem na expressão ‘e-participação’, a esse ponto já consagrada e disseminada”. Uma dessas “coisas” que vem chamando significativa atenção tanto do setor acadêmico quanto do econômico é a tendência inovadora que combina participação e deliberação mais efetiva por meio da junção do termo *crowd* (“multidão”, em inglês) a outras palavras, designando a colaboração para a construção coletiva. A ideia ganhou corpo com a união de *crowd* a *outsourcing* (“terceirização”, em inglês), cunhada em 2006 pelo jornalista americano Jeff Howe, após constatar que a empresa de fotografia iStockphoto, que opera por meio de compartilhamento de imagens usadas por *designers* gráficos, estava oferecendo fotografias de graça ou por preços muito abaixo dos praticados pelo mercado. Segundo Howe (2006), a iStockphoto também criou um mer-

⁶No original: “Policy can make institutions work better, develop new institutions that reflect and promote desirable social norms and – as importantly – provide citizens with the capacity, confidence and constitutional structures likely to engender efficacy and engagement”.

⁷No original: “Participatory democracy focuses on *empowering citizens to take action*, whereas a deliberative system focuses on *reaching consensus through discussion, debate and information*”.

cado paralelo, dando oportunidade de trabalho a fotógrafos amadores que cobravam entre um a cinco dólares por imagens de alta resolução que, no mercado convencional, custavam cerca de 40 dólares. “Bem-vindo à era do Crowd”, afirmou Howe, ao explicar que esse tipo de mercado de compartilhamento de experiências cresceu rapidamente para vários outros segmentos, que passaram a formar redes de trabalho pela internet e a contar com a ajuda de voluntários para explorar o novo ramo de atividade.

Além de *crowdsourcing*, foram surgindo outros termos, como *crowdfunding* e *crowdlaw*. No *crowdsourcing*, a colaboração se realiza em torno de ideias, serviços e conteúdo: as pessoas entram com seus conhecimentos, experiências e sugestões para a solução de um problema ou a criação de uma nova ferramenta ou programa. No *crowdfunding*, a colaboração é para financiar coletivamente projetos individuais e coletivos considerados interessantes e inovadores pelos investidores. Nesse caso, as plataformas são formadas em torno de pessoas que se unem para financiar os mais diferentes projetos, de livros a causas sociais. O *crowdlaw*, por sua vez, utiliza a participação popular na elaboração coletiva de leis e políticas públicas.

Este último tipo de colaboração tem sido cada vez mais empregado por governos em todo o mundo. O Laboratório de Governança de Nova Iorque (GovLab)⁸, uma escola de estudos governamentais que oferece diferentes tipos de treinamento a servidores públicos, publicou um repositório inicial com 100 casos de *crowdlaw* implantados em todo o mundo. O catálogo *CrowdLaw*⁹, que não para de crescer, envolve projetos de parlamentos, assembleias municipais e instituições públicas em geral, com propostas

que estimulam o uso da inteligência coletiva¹⁰ na elaboração de novas leis e políticas públicas. No âmbito da América Latina, o projeto de pesquisa *Latinno*, uma base de dados sistemática e contínua sobre inovações democráticas na região, coletadas a partir de 1990¹¹, já contava com 2.620 experiências em outubro de 2019.

O *crowdsourcing* em políticas públicas e legislações, argumenta Gomes (2016, p. 58), referindo-se ao *crowdlaw*, desponta num horizonte em que a participação pública do tipo “colaboração” é empregada como sinônimo de boa governança, com o objetivo de melhorar a eficácia de governos e parlamentos sem que se “precise recorrer à ideia de participação como aumento de poder civil (*empowerment*), compartilhamento de poder, reafirmação de soberania popular ou como forma de democracia direta, que são as abordagens típicas da participação pela democracia digital”.

Noveck (2019) explica que o uso da inteligência coletiva colaborativa representa um amadurecimento da democracia digital. Em artigo intitulado “Crowdlaw: inteligência coletiva e processos legislativos”, a autora¹² explica que o *crowdlaw* é diferente dos outros dois processos participativos (participação e deliberação) tanto em qualidade quanto em quantidade. Os modelos tradicionais de participação e deliberação

¹⁰No livro *A inteligência coletiva*, Lévy (2003, p. 28) define o termo como “uma inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências”. Os “inteligentes coletivos”, que podem ser qualquer pessoa (não sendo restrito a nenhuma classe social ou profissional), usam o ciberespaço e as TICs para compartilhar, distribuir e adquirir conhecimento na construção colaborativa e aplicações de *crowdsourcing*, entre as quais o *crowdlaw*.

¹¹O *Latinno* começou como experiência-piloto em 2015 e foi inaugurado oficialmente em junho de 2017. Inclui 18 dos 20 países da América Latina, com exceção de Cuba e Haiti. Envolve tanto inovações democráticas tradicionais como digitais (O PROJETO, [2020]).

¹²Artigo original em inglês, “Crowdlaw: collective intelligence and lawmaking”, publicado em 2018 pela revista *Analyse & Kritik* (edição 40).

⁸Ver GovLab Academy ([2020]).

⁹O catálogo pode ser acessado em *CrowdLaw Catalog* ([2020]).

pública baseiam-se em geral apenas em comentários e debates, ao passo que o *crowdlaw* envolve a reflexão sobre práticas para a solução de problemas. Trata-se, conforme destaca Noveck, de um tipo de participação popular que, a depender do objeto, também recebe a ajuda de atores mais especializados.

Outra diferença apontada por Noveck (2019) é que as experiências de *crowdlaw* são institucionalizadas e, por isso, têm potencial para influenciar a forma como as decisões são tomadas, como os recursos financeiros são gastos e como o poder é exercido. Conforme Alsina e Martí (2018), sendo institucionalizados, os processos de *crowdlaw* permitem a participação direta na gestão pública, gerando resultados melhores, ou seja, quanto maior o nível de institucionalização, maior a possibilidade de influenciar o Poder Público na tomada de decisão.

Além disso, Alsina e Martí (2018) explicam que o processo colaborativo não é apenas direcionado para a sondagem de opiniões dos cidadãos, mas para a obtenção de ideias e conhecimentos, por meio de um desenho criativo e inovador que usa a inteligência coletiva para a solução de problemas diversos. Outra diferença é que esse tipo de experiência colaborativa utiliza o desenho institucional necessário para captar todo o conhecimento produzido, e não apenas para o emprego de artifícios voltados para a participação do cidadão.

Segundo Noveck (2019, p. 87), quaisquer que sejam os formatos, as experiências de *crowdlaw* implicam a cessão do controle sobre a elaboração de leis ou sobre processos de decisão política para um público mais diversificado.

[C]om experimentação e teste, as práticas de *crowdlaw* têm o potencial de ir além da responsabilização relacionada a processos e tornar as instituições públicas mais eficientes ao permitir que tomadores de decisão alavanquem soluções inovadoras e diversas para a solução de problemas de forma mais rápida e, também, inserindo na agenda novos problemas a resolver, como aqueles relacionados à desigualdade estrutural que foi, por tempo demais, negligenciado pelas elites políticas.

Crowdlaw, de acordo com Noveck (2019), envolve cinco estágios na formulação de políticas. O primeiro é a identificação do problema, seguido da identificação da solução, que não precisa ser necessariamente realizada pela mesma pessoa que o detectou. O terceiro estágio é o da elaboração de propostas para a solução do problema, que requer mais experiência e conhecimento profissional de especialistas, em contraste com o primeiro estágio, que exige somente certa compreensão do assunto. O quarto estágio é o da implementação da solução encontrada por meio da elaboração de uma política pública ou de um projeto de lei, por exemplo. O último

estágio é o da avaliação do processo, etapa que, conforme Noveck, geralmente não é adotada ou ocorre muito tempo após a implementação, resultando em dados limitados. Dessa forma, “não há esforço sistemático para entender o impacto que uma lei teve, para quem, como e por quê” (NOVECK, 2019, p. 93).

Alsina e Martí (2018) explicam que, embora o processo de *crowdlaw* seja simples, a maior contribuição está na ideia de que governos, parlamentos e órgãos públicos possam funcionar melhor se contarem com o envolvimento do cidadão e o uso de novas tecnologias na elaboração de propostas legislativas que resultem em leis e políticas de mais qualidade e legitimidade.

Em relação aos outros processos participativos, Alsina e Martí (2018) pontuam seis diferenças básicas do *crowdlaw*, algumas delas já apontadas por Noveck. A primeira é que esse tipo de prática colaborativa é uma participação direta institucionalizada com potencial para monitorar como o dinheiro é gasto, como as decisões são tomadas e o poder é exercido. A segunda é que o *crowdlaw* não se limita a colher opiniões e preferências dos cidadãos, mas incorpora a inteligência coletiva para resolver problemas por meio de conhecimento, experiência, dados e ideias. A terceira diferença é que o foco do *crowdlaw* não está na inclusão de mais vozes para ampliar a participação da sociedade, mas no resultado que o conhecimento e a prática colaborativa vão gerar em termos de maior qualidade das propostas elaboradas e das decisões tomadas. O quarto ponto é que o *crowdlaw* representa o ideal de um governo aberto às contribuições da sociedade, aprimorando, dessa forma, o alcance de uma democracia deliberativa não por causa da participação em si, mas pela colaboração direta dos cidadãos. A expansão do horizonte que o *crowdlaw* proporciona além das formas tradicionais mais simples de participação cidadã é a quinta diferença, e a sexta é que o *crowdlaw*

envolve, obrigatoriamente, o uso de tecnologia digital para atingir a inteligência coletiva.

Alsina e Martí (2018) enfatizam, no entanto, que o processo de *crowdlaw* não é novo, pois tem sido utilizado há muitos anos em vários países por meio de iniciativas legislativas inovadoras. Um exemplo é o orçamento participativo¹³, experiência que teve início em Porto Alegre na década de 1980 e expandiu-se para várias cidades brasileiras e também para outros países da América Latina e da Europa. Portanto, o que é novo é somente o nome *crowdlaw*, cunhado em setembro de 2014, por Noveck, numa Conferência Internacional realizada pelo Laboratório de Governança (*Governance Lab*) de Nova Iorque, que reuniu especialistas em parlamento de várias nações.

Coleman e Sampaio (2016) analisaram três edições (2008, 2011 e 2013) do orçamento participativo em Belo Horizonte, que teve sua primeira edição em 1993, e concluíram que, embora tenha havido um acentuado declínio na participação dos cidadãos ao longo dos anos, a falha não foi da experiência inovadora, que tem demonstrado fortalecer o processo democrático. A pesquisa de Coleman e Sampaio (2016) apontou que a redução na participação se deveu a três fatores: mudança no *design* da ferramenta e das normas para deliberação, dificultando a participação; falta de divulgação dos resultados pela mídia de massa tradicional para estimular o cidadão a continuar engajado e para informar sobre os projetos implantados com base na votação pública; falta de comprovação de que a escolha cidadã estava realmente influenciando na destinação do orçamento. Portanto, conforme os autores, para que uma experiência de inovação

¹³ O orçamento participativo permite que os cidadãos deliberem e votem, por meio de plebiscitos democráticos tanto presenciais quanto on-line, sobre a alocação de parte dos recursos do orçamento da cidade para projetos de interesse público.

democrática se torne permanente, é necessário não só criar a possibilidade de participação, mas também “gerar e sustentar um sentimento popular de que os termos da representação mudaram para melhor”¹⁴ (COLEMAN; SAMPAIO, 2016, p. 767, tradução nossa).

Com relação ao orçamento participativo, Spada e Allegretti (2013) afirmam que esse tipo de participação digital deixou de ser uma inovação democrática em nível local, criada exclusivamente para ampliar e melhorar a participação do cidadão no processo de decisão política, para se transformar em um recurso comum de elaboração de políticas públicas e melhoria da governança em todo o mundo. Os autores defendem que é preciso atrair mais cidadãos para as propostas de participação política on-line e, para isso, sugerem um *design* de inovações democráticas nas plataformas participativas que incluam incentivos, com base no grau de interação. Assim, um indivíduo que se propuser, por exemplo, a cumprir algumas ações, como um exercício de capacitação em orçamento, disponível na própria plataforma de participação, poderia ganhar pontos extras no processo de intervenção ou de decisão política no orçamento participativo.

O que descrevemos até agora pode ser resumido em um movimento em direção ao *design* de inovações democráticas que se concentra no empoderamento diferencial de todos os participantes e tem, portanto, importantes objetivos pedagógicos além da ambição de simplesmente expandir o número de participantes (SPADA; ALLEGRETTI, 2013, p. [17], tradução nossa)¹⁵.

¹⁴No original: “generating and sustaining a popular feeling that the terms of representation have changed for the better”.

¹⁵No original: “What we described so far can be summarized in a move toward the design of democratic innovations that centers on the differential empowerment of all participants and has, therefore, important pedagogic

goals beyond the ambition of simply expanding the number of participants”.

Não se trata, segundo Spada e Allegretti (2013), de algum tipo de sistema paternalista criado para simplesmente atrair mais participantes, mas de um processo de capacitação e empoderamento do cidadão para que ele possa valorizar todas as formas de participação, mesmo as que exigem pouco esforço. Contudo, “o sistema também oferece um mecanismo claro e transparente de integração que recompensa o maior nível de esforço com maior habilidade para influenciar o processo, valorizando aqueles que investem mais na participação, protegendo a justiça interna e a legitimidade do processo” (SPADA; ALLEGRETTI, 2013, p. [17], tradução nossa)¹⁶. Embora tenha surgido na década de 1980, com experiências como a do orçamento participativo, o *crowdlaw* ainda tem um longo caminho a trilhar e, segundo Alsina e Martí (2018), esse processo é lento porque geralmente o Estado e suas instâncias demoram para implementar iniciativas de engajamento público, temerosos de que sejam processos caros e sem utilidade. Além disso, de acordo com os autores, o *crowdlaw* exige o compartilhamento de poder com o cidadão, o que a maioria da classe política ainda não está disposta a aceitar.

Embora de forma lenta, as experiências desse tipo de inovação têm crescido em todo o mundo. Em 2018, o GovLab reuniu especialistas internacionais em assuntos diversos para discutir o *crowdlaw*. O tema em debate foi “como usar a tecnologia para melhorar a qualidade e a eficácia da legislação e da formulação de políticas por meio de um maior engajamento do público”¹⁷

goals beyond the ambition of simply expanding the number of participants”.

¹⁶No original: “also provides a clear and transparent integration mechanism that rewards greater level of effort with greater ability to affect the process, valorizing those that invest the most in the participatory process and protecting the internal justice, and the legitimacy of the process”.

¹⁷No original: “How to use technology to improve the quality and effectiveness of law and policymaking through greater public engagement”.

(CROWDLAW MANIFESTO, [2018], tradução nossa). O resultado do encontro foi um manifesto com 12 princípios que envolvem desafios e oportunidades para o desenvolvimento do uso da inteligência coletiva.

1. Para melhorar a confiança do público nas instituições democráticas, precisamos melhorar a maneira como governamos no século XXI.
2. *Crowdlaw* é qualquer lei, política ou processo público de tomada de decisão que ofereça oportunidade significativa e baseada em tecnologia para o público participar de um ou mais estágios múltiplos de tomada de decisão, incluindo, entre outros, os processos de identificação de problemas, identificação de soluções, redação de propostas, ratificação, implementação ou avaliação.
3. O *Crowdlaw* baseia-se em processos e tecnologias inovadoras e abrange diversas formas de envolvimento entre representantes eleitos, funcionários públicos, e aqueles que eles representam.
4. Quando bem concebido, o *Crowdlaw* pode ajudar as instituições governamentais a obter mais fatos e conhecimentos relevantes, bem como mais diversas perspectivas, opiniões e ideias para informar o governo em cada estágio e pode ajudar o público a exercer vontade política.
5. Quando bem concebido, o *Crowdlaw* pode ajudar instituições democráticas a criar confiança e o público a desempenhar um papel mais ativo em suas comunidades e fortalecer tanto a cidadania ativa quanto a cultura democrática.
6. Quando bem projetado, o *Crowdlaw* pode permitir um engajamento ponderado, abrangente, informado, mas também eficiente, gerenciável e sustentável.
7. Portanto, as instituições governamentais de todos os níveis devem experimentar e interagir com as iniciativas de *Crowdlaw*, a fim de criar processos formais para participação de diversos membros da sociedade, com o objetivo de melhorar a legitimidade da tomada de decisões, fortalecer a confiança do público e produzir melhores resultados.
8. As instituições governamentais em todos os níveis devem incentivar a pesquisa e o aprendizado sobre o *Crowdlaw* e seu impacto nos indivíduos, nas instituições e na sociedade.
9. O público também tem a responsabilidade de melhorar nossa democracia exigindo e criando oportunidades para se engajar e, em seguida, contribuir ativamente com conhecimentos, experiências, dados e opiniões.
10. Os tecnólogos devem trabalhar em colaboração entre as disciplinas para desenvolver, avaliar e iterar plataformas e ferramentas de *Crowdlaw* variadas, éticas e seguras, tendo em mente que diferentes mecanismos de participação alcançarão objetivos diferentes.
11. As instituições governamentais em todos os níveis devem incentivar a colaboração entre organizações e setores para testar o que funciona e compartilhar boas práticas.
12. As instituições governamentais de todos os níveis devem criar as estruturas legais e regulamentares necessárias para promover o *Crowdlaw* e melhores formas de engajamento público e inaugurar uma nova era de governo mais aberto, participativo e eficaz¹⁸

(CROWDLAW MANIFESTO, [2018], tradução nossa).

¹⁸No original: “1. To improve public trust in democratic institutions, we must improve how we govern in the 21st century. 2. CrowdLaw is any law, policy or public decision-making process that offers a meaningful, tech-based opportunity for the public to participate in one or multiple stages of decision-making, including but not limited to the processes of problem identification, solution identification, proposal drafting, ratification, implementation or evaluation. 3. CrowdLaw draws on innovative processes and technologies and encompasses

O objetivo do manifesto é não só disseminar o *crowdlaw* para mais parlamentos regionais, nacionais e internacionais, mas também apelar para que representantes, tecnólogos e cidadãos contribuam para a criação de práticas legislativas mais abertas e participativas. O documento (CROWDLAW MANIFESTO, [2018]) pode ser acessado e assinado por qualquer cidadão em qualquer parte do mundo.

5 Conclusão

Neste artigo não se pretendeu demonstrar que, por si só, a participação cidadã, mesmo por meio da inteligência coletiva colaborativa, pode resolver a suposta crise de representatividade democrática. Esse problema tem raízes profundas em um sistema historicamente dominado por formas de poder simbólico que, presentes nas relações entre representantes e representados, são de difícil transformação (BOURDIEU, 1998). Na lógica do sistema representativo, os mandantes (representantes) são os políticos profissionais a quem cabe o monopólio do capital político, e os mandatários (representados), considerados meros consumidores, devem permanecer longe da política. “A dedicação, por obrigação, aos interesses dos mandantes faz esquecer os interesses dos mandatários” (BOURDIEU, 1998, p. 176).

O objetivo central deste trabalho foi discutir as possibilidades de participação do cidadão na democracia digital, apontando benefícios, desafios e barreiras a serem vencidas para que haja maior engajamento político. Entre essas possibilidades, buscou-se lançar luz sobre uma forma

diverse forms of engagement among elected representatives, public officials, and those they represent. 4. When designed well, CrowdLaw may help governing institutions obtain more relevant facts and knowledge as well as more diverse perspectives, opinions and ideas to inform governing at each stage and may help the public exercise political will. 5. When designed well, CrowdLaw may help democratic institutions build trust and the public to play a more active role in their communities and strengthen both active citizenship and democratic culture. 6. When designed well, CrowdLaw may enable engagement that is thoughtful, inclusive, informed but also efficient, manageable and sustainable. 7. Therefore, governing institutions at every level should experiment and iterate with CrowdLaw initiatives in order to create formal processes for diverse members of society to participate in order to improve the legitimacy of decision making, strengthen public trust and produce better outcomes. 8. Governing institutions at every level should encourage research and learning about CrowdLaw and its impact on individuals, on institutions and on society. 9. The public also has a responsibility to improve our democracy by demanding and creating opportunities to engage and then actively contributing expertise, experience, data and opinions. 10. Technologists should work collaboratively across disciplines to develop, evaluate and iterate varied, ethical and secure CrowdLaw platforms and tools, keeping in mind that different participation mechanisms will achieve different goals. 11. Governing institutions at every level should encourage collaboration across organizations and sectors to test what works and share good practices. 12. Governing institutions at every level should create the legal and regulatory frameworks necessary to promote CrowdLaw and better forms of public engagement and usher in a new era of more open, participatory and effective governing”.

de participação direta nos negócios públicos denominada *crowdlaw*, que traz a promessa de empoderar os cidadãos por propiciar o compartilhamento do poder e maior interação entre representantes e representados. Tal prática – não tão nova, mas ainda inovadora – permite aos cidadãos participar na identificação dos problemas da esfera pública e de suas possíveis soluções, assim como acompanhar o processo de planejamento e elaboração de propostas.

No campo da pesquisa, ainda é cedo para determinar o potencial e os efeitos práticos do *crowdlaw* na participação política cidadã e na democracia digital. São necessários novos estudos com foco na avaliação dos resultados de inovações que vêm sendo desenvolvidas em diferentes contextos.

Todavia, para que o *crowdlaw* seja uma experiência realmente efetiva, é importante não perder de vista duas premissas fundamentais. A primeira delas é que o Estado tem de estar disposto não só a oferecer oportunidades de participação, como também a partilhar seu poder com a sociedade civil. A segunda é que o cidadão tem de querer participar e, mais que isso, estar disposto a educar-se civicamente para que essa participação resulte num Estado melhor, mais efetivo e eficaz.

O Estado estaria disposto a partilhar seu poder com os cidadãos na elaboração de políticas públicas, de leis e na tomada de decisão? Teria o *crowdlaw* o potencial de trazer o cidadão comum para a esfera política e, por meio de um processo legislativo compartilhado com os representantes, aumentar a confiança das pessoas em relação às instituições públicas e a seus agentes? Como exigir que as autoridades ofereçam maior espaço de participação ao cidadão e estimulem a criação de uma cidadania cívica em torno de propostas coletivas de interesse público? Como garantir que as propostas políticas elaboradas por meio do *crowdlaw* sejam realmente implementadas pelo Estado de forma transparente e clara?

Essas são algumas perguntas que se apresentam nesse novo cenário. Embora a chamada “era dos *crowds*”, como argumenta Howe (2006), esteja apenas em seu início, o aumento da participação e do engajamento político do cidadão não depende somente da oferta de mais e melhores ferramentas de participação, mas de uma série de fatores que vão desde a redução da exclusão social e digital até a oferta de educação de qualidade em todos os níveis e a adoção de uma política de transparência, de governo aberto e mais efetivo no âmbito dos três Poderes. Da combinação desses fatores resulta a formação da consciência cidadã, que se traduz na percepção de que participar da política é contribuir para melhorar as condições de vida da coletividade.

Sobre a autora

Valéria Castanho é mestra em Comunicação Social pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; doutoranda em Ciências da Comunicação na Universidade do Minho, Braga, Portugal, em cotutela da UnB; analista legislativa do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. E-mail: valeria.castanho@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CASTANHO, Valéria. Da opinião à cooperação: uma reflexão sobre a participação do cidadão na democracia digital. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 193-210, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p193

(APA)

Castanho, V. (2020). Da opinião à cooperação: uma reflexão sobre a participação do cidadão na democracia digital. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 193-210. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p193

Referências

AGGIO, Camilo; SAMPAIO, Rafael Cardoso. Democracia digital e participação: os modelos de consulta e os desafios do gabinete digital. In: COCCO, Giuseppe (org.). *Gabinete digital: análise de uma experiência*. Porto Alegre: Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas, 2013. p. 19-36. Disponível em: https://www.academia.edu/4476767/Democracia_Digital_e_Participa%C3%A7%C3%A3o_Os_modelos_de_consulta_e_os_desafios_do_Gabinete_Digital. Acesso em: 3 abr. 2020.

ALCANTARA, Pedro Henrique Generino de. Participação e deliberação: divergências e tensões no campo das teorias alternativas da democracia. *Diálogo*, Canoas, n. 38, p. 31-41, ago. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.18316/diologo.v0i37.4257>. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Diologo/article/viewFile/4257/pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020.

ALSINA, Victòria; MARTÍ, José Luis. The birth of the Crowdlaw movement: tech-based citizen participation, legitimacy and the quality of lawmaking. *Analyse & Kritik*, [s. l.], v. 40, n. 2, p. 337-358, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1515/auk-2018-0019>. Disponível em: http://www.analyse-und-kritik.net/Dateien/5be9b068e75b1_alsina_marti.pdf. Acesso em: 3 abr. 2020.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3026074/mod_resource/content/1/BOURDIEU%2C%20P.%20A%20Domina%C3%A7%C3%A3o%20Masculina.pdf. Acesso em: 3 abr. 2020.

_____. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRASIL. *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, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

_____. *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 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

COLEMAN, Stephen; BLUMLER, Jay G. *The internet and democratic citizenship: theory, practice and policy*. New York: Cambridge University Press, c2009.

COLEMAN, Stephen; SAMPAIO, Rafael Cardoso. Sustaining a democratic innovation: a study of three e-participatory budgets in Belo Horizonte. *Information, Communication & Society*, [s. l.], v. 20, n. 5, p. 754-769, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2016.1203971>.

CROWDLAW CATALOG. *GovLab*, [s. l.], [2020]. Disponível em: <https://catalog.crowd.law/about.html>. Acesso em: 3 abr. 2020.

CROWDLAW MANIFESTO. *GovLab*, [s. l.], [2018]. Disponível em: <http://manifesto.crowd.law>. Acesso em: 3 abr. 2020.

E-CIDADANIA. *Senado Federal*, Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/>. Acesso em: 3 abr. 2020.

E-DEMOCRACIA. *Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <https://edemocracia.camara.leg.br>. Acesso em: 3 abr. 2020.

FREITAS, Christiana Soares de. Desafios e tendências: mecanismos de dominação simbólica nas redes de participação – política 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. 111-135.

GIDDENS, Antony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata. 6. ed. Lisboa: Presença, 2006. (Coleção Destaques, v. 8).

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. *Revista Fronteiras: estudos midiáticos*, [São Leopoldo], v. 7, n. 3, p. 214-222, set./dez. 2005a. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/fronteiras/article/view/6394>. Acesso em: 3 abr. 2020.

_____. *A democracia no mundo digital: história, problemas e temas*. Organização de Sergio Amadeu da Silveira. São Paulo: Edições Sesc, [2018]. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/stateless-inctdd-website/2019/03/e2a3d5ec-a-democracia-no-mundo-digital-wilson-gomes.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020.

_____. Internet e participação política em sociedades democráticas. *Revista Famecos: mídia, cultura e tecnologia*, Porto Alegre, v. 12, n. 27, p. 58-78, ago. 2005b. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3323>. Acesso em: 3 abr. 2020.

_____. Participação política “online”: questões e hipóteses de trabalho. In: MAIA, Rousiley Celi Moreira; GOMES, Wilson; MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida (org.). *Internet e participação política no Brasil*. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 17-43. (Coleção Cibercultura).

_____. 20 anos de política, Estado e democracia digitais: uma “cartografia” do campo. 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. 39-76.

GOVLAB ACADEMY: training the next generation of public entrepreneurs. *GovLab Academy*, [New York], [2020]. Disponível em: <http://govlabacademy.org>. Acesso em: 3 abr. 2020.

HOWE, Jeff. The rise of crowdsourcing. *Wired*, [s. l.], June 1st, 2006. Ideas. Disponível em: <https://www.wired.com/2006/06/crowds/>. Acesso em: 3 abr. 2020.

LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

LODEWIJCKX, Ilona. What's the difference between deliberative and participatory democracy? *Citizenlab*, [s. l.], [201-]. Disponível em: <https://www.citizenlab.co/blog/civic->

engagement/whats-the-difference-between-deliberative-and-participatory-democracy/. Acesso em: 3 abr. 2020.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Participação política, legitimidade e eficácia democrática. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 60, p. 591-604, set./dez. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.9771/ccrh.v23i60.18994>. Disponível em: <https://rigs.ufba.br/index.php/crh/article/view/18994>. Acesso em: 3 abr. 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. Perspectivas sociais e dominação simbólica: a presença política das mulheres entre Iris Marion Young e Pierre Bourdieu. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 25-49, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200004>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31626/20160>. Acesso em: 3 abr. 2020.

NOVECK, Beth Simone. Crowdlaw: inteligência coletiva e processos legislativos. Tradução de Christiana Freitas, Samuel Barros e Sivaldo Pereira da Silva. *Esferas*, [s. l.], n. 14, p. 80-98, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/esf/article/view/10887/6338>. Acesso em: 3 abr. 2020.

O PROJETO. *Latino*, [s. l.], [2020]. Disponível em: <https://www.latinno.net/pt/project-information/>. Acesso em: 3 abr. 2020.

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.

SPADA, Paolo; ALLEGRETTI, Giovanni. The role of redundancy and diversification in multi-channel democratic innovations. In: AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION ANNUAL MEETING, 2013, [s. l.]. [*Proceedings*]. [S. l.]: APSA, 2013. p. [1-20]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2300683. Acesso em: 3 abr. 2020.

Medindo o desempenho do Poder Legislativo

O que esperar das Câmaras Municipais?

SIRLENE NUNES ARÊDES
STANLEY PLÁCIDO DA ROSA SILVA

Resumo: Este trabalho propõe uma reflexão crítica dos critérios usados na avaliação de desempenho das Câmaras Municipais. Para isso, aborda os principais deveres que incumbem ao Poder Legislativo municipal: legislar, fiscalizar, administrar e incrementar a participação popular. Constatou-se que, em razão das profundas alterações nas relações entre os Poderes Legislativo e Executivo municipais, as Câmaras têm uma esfera de atuação legislativa e repressiva mais estreita do que normalmente defende a teoria. Como decorrência desse contexto, discute-se a aplicação às Câmaras Municipais dos tradicionais indicadores de desempenho do Poder Legislativo. Este trabalho derivou de pesquisa primordialmente explicativa. Quanto à natureza das variáveis, a pesquisa que o fundamentou foi quantitativa e, para a coleta de dados primários e secundários, utilizou-se a estratégia documental. Pode-se afirmar que a hipótese de trabalho foi confirmada, na medida em que se constatou a necessidade de se buscarem novos indicadores para avaliar dimensões não exploradas pelas Câmaras Municipais.

Palavras-chave: Avaliação de desempenho. Câmara Municipal. Comportamento político. Controle do Executivo. Poder Legislativo.

Measuring Legislative Branch performance: what to expect from City Councils?

Abstract: This paper proposes a critical reflection on the criteria used in the performance evaluation of the City Councils; therefore, it addresses the main duties incumbent upon the municipal Legislative Branch: to legislate, supervise, manage and increase popular participation. Due to the profound changes in the relationship between the municipal Legislative and Executive Branches, it was found that the City Councils have a narrower legislative and repressive scope of action than normally defended

Recebido em 24/3/20
Aprovado em 26/5/20

theoretically. Because of that context, the application of the traditional performance indicators of the Legislative Branch to the municipal councils is discussed. This paper derived from primarily explanatory research and, regarding the nature of the variables, the research that supported it was quantitative and the collection of primary and secondary data used the documentary strategy. One can say that the working hypothesis was confirmed, to the extent that the need to look for new indicators to evaluate dimensions not explored in the city councils was identified.

Keywords: Performance evaluation. City Council. Political behavior. Executive oversight. Legislative Branch.

1 Introdução

Nas democracias modernas, houve profunda alteração das relações entre os Poderes Legislativo e Executivo. Se antes o protagonismo das ações residia no Poder Executivo, é cada vez maior o movimento em sentido diferente, garantindo à “Casa das Leis” papel relevante na definição da agenda das políticas públicas estatais. No Brasil, no entanto, com os Municípios ocorreu o inverso, a despeito da rara autonomia advinda do *status* de ente federado (BRANDT, 2010) concedido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2019]). Na esfera municipal, os poderes institucionais conferidos ao prefeito na definição da agenda política diminuíram drasticamente a capacidade propositiva de suas respectivas casas legislativas, tendo o vereador pouca margem de manobra numa relação frágil do ponto de vista de fiscalização, formulação da agenda e mesmo em termos de resultados eleitorais futuros em sua relação com o Poder Executivo (RAUPP; PINHO, 2013, p. 772).

Na esteira da ampliação de mecanismos de *accountability* e controle social em relação à atuação do Poder Legislativo, têm sido feitos esforços no sentido de averiguar o desempenho dos parlamentares em seus mandatos eletivos. Não obstante, ainda que representem contribuições importantes nesse sentido, as iniciativas tendem a não contemplar as particularidades do “poder local”. Por isso, julgamos frágeis as análises de desempenho do legislativo municipal realizadas exclusivamente com o uso da taxa de dominância ou da taxa de sucesso de leis, ou com a mensuração da atividade legislativa. Esses critérios têm sido objeto de diversas críticas, uma vez que não consideram a distribuição desigual de poder entre os atores envolvidos no processo legislativo, analisam de forma fragmentada as instituições e,

ainda, pressupõem a existência de uma agenda própria do Poder Legislativo. Assim, na análise das Câmaras Municipais é necessário considerar outras variáveis, como a participação de outros atores sociais na construção de leis, as relações de cooperação entre os Poderes, a transparência e a permeabilidade à opinião pública, bem como a estratégia da atuação parlamentar.

Este trabalho decorre de pesquisa explicativa. Quanto à natureza das variáveis, ela foi quantitativa e, para a coleta de dados primários e secundários, foi utilizada a estratégia documental. A hipótese de trabalho foi confirmada, uma vez que se constatou a necessidade de se encontrarem novos indicadores para avaliar dimensões não exploradas de atuação das Câmaras Municipais.

O texto inicia-se com a apresentação do conceito, do conteúdo e dos principais deveres referentes às funções institucionais das Câmaras Municipais. São ainda expostos os principais problemas enfrentados por elas quanto à efetivação de seus poderes legais e as diferenças institucionais entre os órgãos legislativos locais e o Congresso Nacional, apontando-se ainda a forma como essas diferenças impactam a avaliação que recebem. Em seguida, são analisados os principais índices propostos para a mensuração das atividades do Poder Legislativo municipal e apresentadas as críticas que recaem sobre eles.

Espera-se que este estudo forneça as bases para a construção de indicadores de desempenho que considerem aspectos formais e empíricos de cada um dos deveres constitucionais atribuídos às Câmaras Municipais.

2 Os deveres institucionais do Poder Legislativo municipal

A separação de funções é um dos pilares do Estado de Direito. Segundo a teoria tra-

dicional, o Estado realiza seus fins por meio de três funções – legislativa, administrativa e jurisdicional –, cujo exercício é atribuído a órgãos estatais autônomos e independentes entre si (SILVA, 2011, p. 108). A doutrina aponta que as funções administrativa e jurisdicional têm por escopo a *realização do direito*, ao passo que a *função legislativa* produz o Direito, pois consiste na *edição de normas gerais, abstratas, obrigatórias e inovadoras da ordem jurídica* (FAGUNDES, 2006, p. 3).

A CRFB atribuiu a função legislativa precipuamente a órgãos do Poder Legislativo: Congresso Nacional, na esfera federal, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal; Assembleias Legislativas, nos estados; e Câmaras, no âmbito municipal. A mesma Constituição incumbiu da função jurisdicional (ou judicial) os órgãos do Poder Judiciário federal e estadual; e nomeou como *Presidência, Governadoria e Prefeitura* – nas esferas federal, estadual e municipal, respectivamente – os órgãos do Poder Executivo incumbidos do exercício da função administrativa.

Nas hipóteses em que executa atividade que lhe é atribuída predominantemente, o órgão exerce sua função típica. No entanto, além dessas, os órgãos do Legislativo, Judiciário e Executivo realizam funções atribuídas aos demais na medida necessária à sua autonomia e na forma determinada pela CRFB, instituindo-se com esse exercício o sistema de freios e contrapesos (LENZA, 2011, p. 434).

Nesse contexto, para se analisar o desempenho das Câmaras Municipais, é necessário inicialmente conhecer suas atribuições e os seus deveres legais e constitucionais, para determinar os aspectos mensuráveis com base no objetivo de cada atividade. Consoante as normas constitucionais, compete às Câmaras Municipais: a elaboração de leis (função legislativa); o controle da atividade do Poder Executivo (função

controladora); o exercício de atividades administrativas de autogestão (função administrativa). Há ainda o dever constitucional de responder às demandas populares e garantir a participação popular em todas as atividades do órgão (função democrática).

2.1 Legislar

Silva (2011, p. 108, grifos do autor) explica que a “*função legislativa* consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas *leis*”. O termo *leis* usado pelo autor incorpora também as emendas constitucionais, os decretos legislativos e quaisquer outros atos normativos estatais que tenham as características de generalidade, abstração e inovação jurídica, cuja criação se encontra regulada pelo art. 59 da CRFB.

A responsabilidade em relação à produção de leis cabe idealmente ao Poder Legislativo. Porém, a CRFB não atribuiu a função legislativa de forma exclusiva a esse Poder, como demonstra a competência do presidente da República para a expedição de medidas provisórias ou então para iniciar com exclusividade o processo legislativo em relação a diversos temas (TORRENS, 2013, p. 192). Na esfera municipal, além dessas competências atribuídas por simetria ao prefeito, outras hipóteses de iniciativa reservada ao chefe do Executivo são estabelecidas pela jurisprudência dos tribunais de justiça, como a decisão de que normas municipais que criam despesas para o erário são de competência privativa do prefeito.¹

Todavia, outra limitação decorre da ampliação jurisprudencial do conceito de *reserva de administração*, que não mais se limita à tradicional competência do Poder Executivo para a produção de *atos materialmente administrativos* em temas que lhe são afetos, uma vez que paulatinamente, nas últimas décadas, esse conceito passou a incorporar também o exercício de *competências legislativas* (MINAS GERAIS, 2016a). Como resultado desses constrangimentos, estudos demonstram “dificuldades das câmaras municipais em produzir legislação municipal significativa” (KERBAUY, 2005, p. 339).

Apesar dessas limitações, a CRFB impõe deveres específicos às Câmaras Municipais no que diz respeito ao exercício da função legislativa: existência de comissões permanentes para a análise de projetos de leis submetidos a

¹Embora não encontre respaldo na CRFB e a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) lhe seja contrária, esse entendimento é recorrente na jurisprudência dos tribunais de justiça e mesmo em decisões singulares de ministros do STF (MINAS GERAIS, 2015, 2016b; BRASIL, 2017b). Ele também incorpora a variante jurisprudencial segundo a qual são inconstitucionais as leis municipais que criam despesas sem que exista dotação orçamentária capaz de garantir sua execução (BRASIL, 2005).

sua apreciação (art. 58); existência de comissão permanente para a análise das leis orçamentárias (art. 166, § 1º); cumprimento de prazos para a análise e a aprovação de determinadas normas (leis orçamentárias); obrigatoriedade de manifestar-se sobre os vetos (art. 66, §§ 4º e 6º); dever de elaborar seus regimentos internos (art. 58).

Assim, o produto final da atividade legislativa no âmbito municipal é precedido de outras atividades e do estabelecimento de uma organização, cuja existência influencia sua qualidade e a resposta social que o ato legislativo produz, resultado de peculiaridades advindas de escolhas internas de cada localidade, fruto de condições políticas, históricas e de trajetórias distintas entre si (INÁCIO; MENEGUIN, 2014, p. 8).

Nesse sentido, mensurar apenas o quantitativo produzido ou mesmo a prevalência em relação ao Executivo esvazia o funcionamento das Câmaras Municipais e deixa de avaliar a qualidade do produto entregue à população. Assim, é necessário que a averiguação do seu desempenho não se limite ao aspecto quantitativo, mas inclua o viés qualitativo dessa produção e o cumprimento dos deveres constitucionais auxiliares à função legislativa, visto que impactam a qualidade das atividades desenvolvidas.

2.2 Fiscalizar a atuação do Poder Executivo

O controle da atividade pública é dever a ser exercido pelos três Poderes do Estado; e, devido à sua importância, as modernas Constituições criaram órgãos autônomos para essa finalidade e ampliaram os mecanismos de controle popular. Nesse contexto, a CRFB² impõe às Câmaras Municipais o dever de fiscalizar o Município, especialmente a atividade administrativa do Poder Executivo.

A função fiscalizadora exercida pela Câmara deve ser organizada e regulada na Lei Orgânica do Município (art. 29, XI, CRFB) em simetria com os poderes fiscalizatórios concedidos pela CRFB aos órgãos legislativos federais.³ Entretanto, os mecanismos de controle previstos na

²“Art. 31. A fiscalização do município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei” (BRASIL, [2019]).

³São normas da CRFB que regulam a fiscalização da atividade do Executivo pelo Congresso Nacional e devem estar contidas nas Leis Orgânicas: a possibilidade de sustar atos e contratos do Poder Executivo (art. 49, V); o poder de convocar autoridade ou pessoa para depor, bem como ministros, e requerer informações da administração do Executivo (art. 50); o dever de receber petições, queixas e representações de quaisquer pessoas (art. 58, § 2º, IV); a prévia aprovação para que determinados atos administrativos do presidente da República sejam praticados ou tenham eficácia (art. 49, I, XII, XIII, XVI e XVII); a possibilidade de criação de Comissões Parlamentares de Inquérito para apurar fato referente à atuação administrativa (art. 58, § 3º); a competência para julgamento das contas do Poder Executivo (art. 49, IX); e o poder de suspender ou destituir o presidente ou seus ministros quando cometerem crimes de responsabilidade (art. 85 c/c Lei nº 1.079/1950).

Constituição para o Congresso Nacional em relação ao presidente da República não são sempre aplicáveis à esfera municipal, nem mesmo têm a mesma abrangência observada nas esferas federal e estadual.

Desse modo, um dos principais poderes atribuídos ao Congresso Nacional, o de promover o impedimento de ministros, não goza da mesma amplitude na esfera municipal. A ausência de norma federal que estabeleça para os secretários municipais o crime de responsabilidade e o processo de julgamento⁴ impede que as Câmaras Municipais os julguem por atos dessa natureza. Ocorre que, segundo a jurisprudência do STF, “a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são de competência legislativa privativa da União” (BRASIL, 2020b, p. 44).⁵ Logo, como os próprios Municípios não podem regular o tema, a prerrogativa de convocar secretários municipais para prestar informações não existe de fato na esfera municipal, pois não há sanções para o seu não comparecimento ou a sua recusa a fornecer informações solicitadas pelas Câmaras.

Outra restrição ao seu poder punitivo diz respeito à prerrogativa de julgamento do impedimento dos prefeitos. Nesse caso, dúvidas quanto à legislação aplicável e à interferência do Poder Judiciário nos procedimentos instaurados dificultam o exercício dessa função pelas Câmaras Municipais. Não se questiona a competência do

Poder Judiciário para proteger direitos; contudo, a interpretação dos poderes das Câmaras não lhes garante poderes simétricos aos reconhecidos pelo STF ao Congresso Nacional, tendo como efeito a diminuição do controle repressivo que lhes compete.

Isso não significa que esses órgãos não possam exercer a função controladora, e sim que a análise da qualidade do exercício dessa função não deve focar o aspecto punitivo, mas valorizar o uso de mecanismos preventivos de fiscalização.

2.3 Exercer funções administrativas

A doutrina aponta que a função administrativa se caracteriza especialmente por aplicar as normas legais com a finalidade de criar, modificar, declarar ou extinguir direitos e praticar atos materiais. Mello (2013, p. 36, grifos do autor) caracteriza a função administrativa nos seguintes termos:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo poder judiciário.

Devido à sua amplitude, as atividades que a compõem podem ser classificadas em dois grupos, conforme seu escopo: atividades administrativas exercidas como meio e atividades administrativas executadas como fim. Como fim, a função administrativa é precipuamente atribuída ao Poder Executivo, a quem compete sobretudo prestar serviços públicos, executar atividades de fomento, fiscalizar e sancionar no exercício do poder de polícia, além de intervir na

⁴ A Lei nº 1.079/1950 (BRASIL, [2000]) regulamenta os crimes de responsabilidade e o processo de julgamento aplicáveis aos ministros e secretários estaduais. Seu art. 13 dispõe que caracteriza crime de responsabilidade dos ministros deixar de comparecer, injustificadamente, ao Congresso, quando convocado; ou ainda não prestar ao Congresso informações que lhes forem solicitadas.

⁵ Cabe observar que, não bastasse a chamada “hipertrofia” legislativa em prol da centralização presente na CRFB, há a tendência ao deslocamento para a União da competência de matérias compreendidas como passíveis de serem legisladas pelo ente municipal (e estadual, por vezes) na trajetória recente do federalismo tripartite (ARAÚJO; LEITE, 2015).

propriedade privada e no domínio econômico (DI PIETRO, 2014, p. 55). Por sua vez, em sua compreensão como meio, incorpora atividades de gestão de bens e pessoas que a CRFB atribui a cada um dos Poderes da República com a finalidade de garantir sua autonomia e independência. Nas Câmaras Municipais, a função administrativa abrange a gerência e o uso das verbas públicas que lhes são destinadas, especialmente no que se relaciona às compras realizadas para seu custeio, aos investimentos e conservação dos bens sob sua guarda e à gerência de seu pessoal.

Em relação a essa gama de atribuições, em geral seus deveres não diferem dos exigidos dos demais órgãos públicos. Assim, suas compras estão sujeitas a procedimento licitatório e demais previsões legais; a contratação de pessoal permanente deve decorrer de concurso público; a fixação da remuneração de seus servidores somente pode ser estipulada em lei; a exoneração de seus servidores estáveis deve ser precedida de processo administrativo; e devem ser respeitados os limites financeiros estipulados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) (BRASIL, [2020a]) e pelas demais normas de contabilidade pública.

Propõe-se que a gestão dos bens e pessoas vinculadas às Câmaras Municipais atenda à legislação e apresente estrutura autônoma para que seja considerada como indicativo de seu desempenho, na medida em que a gestão de sua estrutura impacta o exercício de suas atividades finalísticas.

2.4 Garantir a participação popular

A participação popular não é função do Estado, entendida no sentido clássico de meios usados para atingimento dos fins estatais. Todavia, a CRFB atribui aos órgãos públicos o dever de garantir essa participação na produção direta de seus atos e como mecanismo de controle de sua atuação. Logo, no Estado de Direito as atividades relacionadas às funções de legislar, administrar e controlar devem ser exercidas pelos agentes públicos para atender a esse pressuposto. Trata-se, pois, da forma como se exercem as atividades legislativas, controladoras e administrativas, cujo pressuposto essencial é a transparência.

Como a CRFB estabeleceu o dever de os órgãos públicos garantirem a participação popular, o cumprimento dessa obrigação deve inserir-se no sistema de indicadores a ser criado. Neste estudo, denomina-se *permeabilidade democrática* a capacidade de as Câmaras Municipais implantarem mecanismos que garantam a participação popular em suas atividades.

Deve-se registrar que, embora seja um dever geral, há obrigações específicas estipuladas para os Municípios quanto à participação popular: garantir a cooperação de associações no planejamento municipal (art. 29, XII); prever a iniciativa popular mediante participação de pelo

menos 5% do eleitorado (art. 14, III, c/c art. 29, XIII); realizar plebiscito e referendo (art. 14, I e II); prestar contas de valores sob sua guarda; e publicar balancetes nos prazos previstos em lei (arts. 30, III, e 31, § 3º), inclusive mediante publicação anual dos valores da remuneração de seus agentes (art. 39, § 6º) (BRASIL, [2019]). Além disso, a CRFB atribuiu ao Congresso Nacional a competência para realizar audiências públicas (art. 58, II); receber petições, reclamações, representações ou queixas contra atos e omissões das autoridades públicas (art. 58, IV); solicitar depoimento dos cidadãos (art. 58, V) – competências também exequíveis pelas Câmaras Municipais.

Além desses deveres constitucionais referentes às atividades legislativa e fiscalizadora, no exercício da função administrativa, elas devem dar publicidade em geral a seus atos, e sua publicidade oficial deve estar vinculada ao interesse público (art. 37, § 1º). A legislação vigente ainda acrescenta novos deveres aos órgãos públicos, destacando-se as obrigações criadas pela Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011) e pela Lei de Proteção e Defesa do Usuário de Serviços Públicos (BRASIL, 2017a), além da obrigação de participação popular em normas ambientais, licitatórias e urbanísticas.

Compreendidos os conteúdos básicos de cada um dos principais deveres das Câmaras Municipais, procede-se à análise de critérios para mensurá-los a fim de subsidiar a criação de indicadores atrelados ao cumprimento desses deveres constitucionais.

3 Críticas e dificuldades no estabelecimento de indicadores para a mensuração do desempenho das Câmaras Municipais

A busca de indicadores que permitam estipular diagnósticos, medir desempenho e comparar resultados é justificada, pois, sob “uma perspectiva programática, o Indicador Social é um instrumento operacional para monitoramento da realidade social, para fins de formulação e reformulação de políticas públicas” (JANNUZZI, 2003, p. 15). Com essas finalidades, diversos estudiosos apresentaram índices de avaliação de desempenho para o Poder Legislativo, destacando-se o Índice de Potência Institucional Legislativa (IPIL), desenvolvido por García Montero com o objetivo de avaliar os parlamentos latino-americanos (MOISÉS; SIMONI JÚNIOR, 2014, p. 17), e o Índice Legislativo Consolidado (ILC), desenvolvido por Yeung, Dantas e Lazzarini (2013) para a Câmara Municipal de São Paulo.

O ILC aborda quatro funções do órgão: (a) função promotora, consistente no exercício da função legislativa por iniciativa própria;

(b) função cooperadora, constituída por ações de cooperação em projetos do Executivo; (c) função fiscalizatória; e (d) função transparente. Ao lado desses critérios, em indicador autônomo analisou-se a função administrativa.

Os autores mensuraram a função promotora mediante os seguintes índices: “aprovação dos projetos de alto impacto advindos do Poder Legislativo; aprovação de projetos emendados advindos do Poder Executivo; execução de emendas ao orçamento; atividade das comissões permanentes” (YEUNG; DANTAS; LAZZARINI, 2013, p. 10-11). Em relação à função cooperadora, foram usados como critérios: “aprovação dos projetos advindos do Poder Executivo; aprovação de projetos do Poder Executivo sem emendas apresentadas; aprovação de pedidos de urgência; aprovação de projetos abaixo da média de velocidade de tramitação”. Para analisar a função fiscalizadora, utilizou-se de: “solicitação de informações ao Poder Executivo; convites a membros do Poder Executivo; CPIs instaladas; atendimento a pedidos de auditoria ao Tribunal de Contas”. Por fim, a função legislativa foi mensurada com base na “aprovação dos projetos advindos da sociedade; audiências públicas realizadas; volume de informações disponibilizadas no site; eventos abertos ao público” (YEUNG; DANTAS; LAZZARINI, 2013, p. 10-11).

Nesse mesmo contexto, os principais indicadores de desempenho do Poder Legislativo são a taxa de dominância, a taxa de sucesso de leis e a quantidade da produção da atividade legislativa.⁶ Contudo, em virtude de os poderes institucionais conferidos ao prefeito na definição da agenda política diminuir a capacidade propositiva das Câmaras (BARBOSA, 2015, p. 89), rejeita-se que a mensuração do desempenho das Câmaras Municipais decorra primordialmente de resultados obtidos por esses indicadores.

Em relação à taxa de dominância, nota-se que seus resultados são diferenciados na esfera municipal quando comparados aos âmbitos federal e estadual: nestes, via de regra, prevalecem os projetos oriundos do Executivo, ao passo que nos Municípios os resultados demonstram dominância das Câmaras na propositura de leis. Essa diversidade decorre especialmente da prática de certos atos concretos por meio da lei; isto é, a função legislativa exerce-se por meio de atos abstratos e gerais, embora nem todos os atos denominados *leis* tenham essas características. Na esfera municipal, a denominação de espaços públicos e a concessão de honrarias a

⁶ Assim podem ser descritas as taxas de sucesso e dominância, segundo Limongi (2006, p. 21): a taxa de sucesso seria “a proporção do que é aprovado sobre o total enviado por este poder”; e a taxa de dominância, por sua vez, “a simples divisão das leis cuja proposição se deve ao Executivo pelo total de leis aprovadas no período”. Quanto à produção legislativa, ela é obtida com base na proporção entre as proposições apresentadas e as aprovadas (INÁCIO; MENEGUIN, 2014, p. 7).

pessoas físicas e jurídicas são atos com conteúdos concretos veiculados mediante leis.

Desse modo, a aplicação dessa taxa na esfera municipal deve ser feita com fórmula diversa da usada nas instâncias federais e estaduais, pois é necessário excluir as leis com esses conteúdos, que, embora socialmente importantes, não se caracterizam como exercício da função legislativa. Essas normas, juntamente com as que instituem datas comemorativas, são consideradas *leis de baixo impacto*, nomenclatura desenvolvida por Yeung, Dantas e Lazzarini (2013), usada neste trabalho para diferenciá-las das demais leis, denominadas *leis de alto impacto*.

Em relação à mensuração da atividade legislativa, Inácio e Meneguim (2014, p. 8) sustentam que se trata de processo frágil que não capta a “dinâmica de exercício da influência dos legisladores ao longo da cadeia decisória que o processo legislativo envolve”. Segundo esses autores, “é recorrente que a pauta de avaliação do Legislativo tenha uma visão dual do desempenho, centrada na atuação [proativa] ou reativa dessa organização na produção legal” (INÁCIO; MENEGUIM, 2014, p. 9).

No mesmo sentido, Diniz (2005, p. 334) aponta que o “legislativo é avaliado basicamente em duas únicas dimensões: se seus membros apóiam [*sic*] ou não as ações do presidente; ou se os interesses localizados representados pelos congressistas predominam sobre os nacionais”. De fato, os estudos sobre o Poder Legislativo enfocam o *poder de agenda negativo*, que se refere “à capacidade de impedir que uma proposição seja considerada”, e o *poder de agenda positivo*, que diz respeito à “capacidade de colocar uma matéria na agenda e definir os procedimentos a partir dos quais ela será apreciada” (INÁCIO; MENEGUIM, 2014, p. 9). Com fundamento nessa classificação, há a tendência de se considerar o desempenho das Câmaras Municipais somente sob o aspecto de seu poder de avanço

ou travamento dos projetos de leis. Os autores também criticam severamente essa forma de avaliar o Poder Legislativo, já que tal mensuração não considera a nova dinâmica das relações entre os Poderes:

A importância desta métrica, tanto nos meios acadêmicos como nos jornalísticos, não pode ser dissociada da atuação ostensiva de outros atores institucionais na produção legal. Em diversas democracias, a expansão das ações governamentais e do aparato estatal dilatou a agenda legislativa do executivo e, paulatinamente, dotou este Poder de recursos estratégicos para aprová-la [...]. Além das prerrogativas institucionais, as vantagens informacionais do Executivo e das burocracias alteraram profundamente as condições de influência deste Poder no processo legislativo. A construção de metodologias focadas no “sucesso legislativo” de cada Poder na aprovação de suas agendas sinaliza para o fortalecimento institucional do executivo, redirecionando a avaliação do desempenho do legislativo nos mesmos termos. Esta abordagem de desempenho, focada na produtividade, tem limites claros quando se trata de lidar com as consequências substantivas das mudanças destacadas acima. Mais importante do que medir como esse novo cenário tem afetado o sucesso de cada agente na produção legal, cabe avaliar como essas mudanças redefinem as condições de exercício da influência política na arena legislativa (INÁCIO; MENEGUIM, 2014, p. 6).

De fato, analisar somente a taxa de dominância ou mensurar a atividade legislativa pressupõe que o prefeito e a Câmara tenham poderes igualmente distribuídos ou ainda que a propositura de um projeto de lei tem sempre por objetivo sua aprovação, o que não é o caso.⁷ Por esse motivo, devem-se criar indicadores

⁷ Ao analisar as interações entre o Congresso Nacional e a Presidência da República, Diniz (2005, p. 342) demonstra que “sucesso e fracasso poderiam ser indicados não mais pelo cômputo puro e simples das proposições do Executivo

que considerem os poderes institucionais que as Câmaras Municipais efetivamente têm e que analisem o que se espera desses órgãos em termos de controle da atividade do Poder Executivo. Deve-se investir numa nova abordagem que sobreponha a qualidade da produção legislativa aos aspectos quantitativos.

Entende-se, ainda, que é essencial analisar a relação entre os Poderes Legislativo e Executivo. Sobre o tema, baseados nas relações estabelecidas entre esses dois Poderes, Cox e Morgenstern (2001, p. 173) classificam o desempenho dos parlamentos em quatro categorias: recalcitrantes, *workable*, paroquiais e subservientes⁸. Os legislativos que integram a categoria *workable* promovem negociações ou compromissos mútuos; em contrapartida, nos modelos paroquiais as barganhas com o Executivo “envolvem algum tipo de demanda por pagamentos laterais” (INÁCIO; MENEGUIN, 2014, p. 9). A classificação proposta por Cox e Morgenstern reconhece que as negociações entre Executivo e Legislativo são aceitáveis e necessárias, pois sua ausência impede o andamento de qualquer agenda política oriunda do Executivo (parlamentos

que foram apresentadas e aprovadas, mas pela verificação se a estratégia utilizada surtiu ou não o efeito desejado”.

⁸“In the following analysis we shall simplify matters by imagining that the president anticipates one of four legislative types and pursues a strategy that is optimal in light of such a legislature’s likely responses to his initiatives. Specifically, the president anticipates that the majority in the assembly will be either recalcitrant, workable, parochial-venal, or subservient. Recalcitrant majorities (very low percentages of members supporting the president) will reject essentially all the proposals the president really wants. Subservient majorities (very high percentages of members thoroughly beholden to the president) will accept essentially any proposal the president makes. Between these extremes of support the president can face two types of more manageable majorities, one that demands a seat at the policy table (workable) and another that is willing to concede policy issues in exchange for access to pork or other resources (parochial-venal). Depending on which sort of assembly the president anticipates, he will undertake different strategies and use different institutional powers to implement the strategies. That is, strategy and tactics will oscillate with legislative type” (COX; MORGENSTERN, 2001, p. 173).

recalcitrantes) ou levam à total submissão do Legislativo (parlamentos subservientes).⁹

Com fundamento na tipologia proposta por esses autores, reconhecem-se dois tipos de negociação entre a Câmara e o prefeito: uma que garante a participação da Câmara na agenda política e outra que troca favores na administração vinculados a parlamentares, e não à instituição. O primeiro tipo amplia a participação das Câmaras Municipais no debate político, ao passo que o segundo estabelece a subserviência dos vereadores, de forma que um índice deve ser capaz de mensurar os ganhos políticos institucionais ou sociais decorrentes das negociações estabelecidas entre os Poderes.

A fragmentação dos aspectos escolhidos também é objeto de crítica nos índices existentes, pois a avaliação recai sobre a produção ou a estrutura legislativa e, por vezes, sobre seus resultados. Um exemplo dessa fragmentação são as avaliações que se concentram “na capacidade da instituição, assumida como ator unitário, de perseguir e aprovar a sua agenda legislativa” (INÁCIO; MENEGUIN, 2014, p. 7).

Ocorre que as Câmaras Municipais, no exercício da função legislativa, não têm pauta unitária que possa ser chamada de *agenda legislativa*: não há uniformidade em sua composição e na atuação de seus integrantes. É difícil reconhecer uma agenda legislativa a ser implementada, já que cada vereador sustenta seu mandato em pautas e eleitorados diferentes (e, até mesmo, com interesses contraditórios) dos de outros vereadores. Ademais, as Câmaras somente podem manifestar-se sobre alguns temas após a propositura do projeto de lei pelo prefeito. Nesse cenário, superada a questão da limitação da iniciativa de seus membros, para aprovar

⁹No que se refere à relação entre o Congresso Nacional e a Presidência, Limongi (2006, p. 17) reforça a compreensão da necessidade de o Executivo formar coalizões.

determinado projeto ou emenda a um projeto proposto pelo prefeito, um vereador deve convencer seus pares sobre o acerto da proposição. Embora existam temas que gozem de ampla aceitação, muitas propostas não superam sequer o debate entre os próprios vereadores.

Acrescente-se que, mesmo após a aprovação de determinada pauta de origem parlamentar, sua validade e implementação dependem de outros atores. Assim, superadas as questões internas e aprovada a lei, o prefeito pode vetá-la; e, caso o veto seja derrubado em reunião plenária – o que exige quórum ainda maior que para aprovar pauta que contrarie a do chefe do Executivo –, o Poder Judiciário pode ser chamado pelo prefeito para negar validade à norma expedida. E, caso sejam superados todos esses obstáculos, a implementação da norma por vezes ficará a depender de ações do prefeito, tais como inserção de verbas em valores suficientes no orçamento, estabelecimento de estrutura administrativa necessária à sua execução, entre outras. Conforme expõe Kerbauy (2005, p. 360),

[a] constituição da maioria absoluta, por exemplo, exige uma mobilização de apoios difíceis a cada votação, quer pelo executivo, quer pelo legislativo, dada a fragmentação dos interesses partidários e políticos que caracterizam os legislativos locais. Outro elemento que pode interferir neste processo é o poder de veto do chefe do executivo, que lhe permite barrar, total ou parcialmente, um projeto aprovado pelo legislativo.

Por conseguinte, a análise da produção legislativa deve considerar a distribuição de forças entre os diversos atores envolvidos no processo, não se podendo sequer supor igualdade entre eles, uma vez que a CRFB e a legislação lhes atribuem competências e poderes diversos. Ademais, mesmo entre os parlamentares não há equivalência de forças em razão de influência partidária, de cargos que ocupam na administração das Câmaras ou nas comissões que integram ou presidem.

Assim, considerando-se as atribuições e competências do prefeito e a desejável cooperação entre os órgãos do Município, deve-se constituir um padrão nas negociações entre esses órgãos. Com efeito, criticam-se os índices que mensuram apenas a fiscalização repressiva exercida pelas câmaras em relação à atividade do prefeito. Defende-se que a mensuração do exercício da função fiscalizadora abandone a priorização de processos punitivos – *v.g.* número de CPIs, de processos de impedimento, de convocações de secretários ou de pedidos de informações a esses – e que se aborde o viés cooperativo, especialmente o aspecto preventivo da função fiscalizadora.

A Câmara Municipal submissa ao prefeito não cumpre sua função institucional, uma vez que os vereadores devem exercer a função de ouvidores do povo, capazes de defender interesses da população diante do

Executivo. É necessário, contudo, que essa fiscalização colaborativa seja institucionalizada e não fique na dependência de relações pessoais dos cidadãos com os vereadores ou destes com o prefeito, pois, na medida em que o acesso ao vereador depende de relações pessoais, a instituição atua de forma localista ou classista, impedindo que todos tenham acesso à representação popular (SILVA, 2012, p. 208).

Logo, a cooperação não pode assumir a feição de troca pessoal de favores entre os membros dos Poderes. Deve-se averiguar, diante da ausência de efetivos poderes punitivos, se as Câmaras exercem por outros meios – no caso, mediante colaboração – a fiscalização ou se, por alguma forma diversa, influencia a atuação do Poder Executivo relativamente à legalidade ou mesmo ao mérito de seus atos.

No que se refere à função administrativa, as críticas aos indicadores recaem sobre a preponderância dos aspectos financeiros ou do número e do regime dos servidores da instituição.¹⁰ Esse tipo de análise desconsidera que a função administrativa não se limita a aspectos financeiros, mas manifesta-se na manutenção de estrutura permanente essencial à independência das Câmaras e também não avalia a qualidade da função administrativa efetivamente exercida nesses órgãos.

De fato, determinada Câmara poderia ter custo por lei insignificante, sem que isso caracterizasse boa execução de sua atividade, mas simplesmente total submissão ao Executivo, se seu funcionamento dependesse da estrutura da Prefeitura. Em outro aspecto, o custo da lei poderia ser baixo devido à produção de grande número de leis, sem que isso sequer possa ser julgado positivamente – a existência de maior ou menor regulamentação pode ser considerada positiva ou negativa, a depender do viés político mais ou menos intervencionista adotado.

A manutenção de estrutura permanente é um dos “indutores de autonomia e de desenvolvimento de capacidades institucionais” do Poder Legislativo por permitir a criação de regras para a discussão das matérias, para as atividades de proposição de emendas aos projetos de leis, bem como para os processos de votação (INÁCIO; MENEGUIN, 2014, p. 10).

¹⁰ Nesse sentido, o índice administrativo, que acompanha o IPIL, é composto de quatro indicadores: “(1) Produtividade dos Funcionários Efetivos e Celetistas, (2) Produtividade dos Funcionários Ocupantes de Cargos de Livre Provisão em Comissão, (3) Custo [Administrativo] da Lei, (4) Promoção da Função de Transparência”. O primeiro indicador decorre da razão entre a soma do número total de leis aprovadas de alto impacto e do número de pedidos de informação ao Executivo pelo número de funcionários efetivos e celetistas no ano; o segundo é obtido pela razão entre a soma do número total de leis aprovadas de alto impacto e do número de pedidos de informação ao Executivo pelo número de funcionários ocupantes de cargo de livre provimento em comissão no ano; o terceiro indicador é decorrente da divisão do custo total administrativo do ano pelo número total de leis aprovadas; por fim, o indicador da função de transparência resulta da divisão do número de eventos abertos ao público pelo número base de eventos abertos ao público (YEUNG; DANTAS; LAZZARINI, 2013, p. 24-26).

Devido à rotatividade dos parlamentares, a memória da instituição é mantida fundamentalmente por sua estrutura e não por seus vereadores individualmente considerados. Propõe-se, pois, o abandono da vinculação do desempenho da função administrativa pelas Câmaras Municipais exclusivamente à eficiência, em favor de análise que considere também os aspectos de execução, economicidade e excelência no exercício dessas atividades.

Por fim, em relação à chamada função democrática, os indicadores devem ser capazes de separar a participação popular efetiva e institucional da propaganda pessoal dos agentes políticos. É necessário ainda analisar a instalação e a execução de medidas obrigatórias que garantam a participação popular, bem como a implementação de outras medidas que, não sendo obrigatórias, incrementem a sua participação na gestão pública. Assim, a participação popular deve permear o exercício das demais atividades institucionais, de forma que os indicadores da permeabilidade democrática não sejam considerados de forma isolada, mas vinculados ao dever de legislar, de fiscalizar e ao exercício da função administrativa.

4 Considerações finais

Este estudo lança bases para novas perspectivas na mensuração do desempenho das Câmaras Municipais. Para isso, foram analisados os deveres constitucionais que incumbem a esses órgãos: legislar, fiscalizar a administração municipal, exercer atividades administrativas e incrementar a participação popular.

Foram apontadas as limitações à capacidade propositiva das Câmaras Municipais decorrentes da forma como se estrutura a relação desses órgãos com o prefeito. Em razão dessas limitações, procurou-se demonstrar que a análise da função legislativa deve recair sobre a qualidade dessa produção, e não sobre seu número, da mesma forma que o desempenho da Câmara pode ser verificado pelo conteúdo das normas expedidas e pela qualidade da atuação da instituição e dos vereadores.

Em relação à fiscalização, foram questionados os indicadores que se limitam a mensurar a função punitiva das Câmaras. Defende-se que sejam substituídos por outros que mensurem a qualidade da cooperação entre os Poderes do Município. Nesse aspecto, deve-se ainda levar em conta a capacidade de manutenção de estrutura própria pelo Legislativo municipal, por se considerar esse aspecto essencial para a garantia de sua autonomia.

Por fim, quanto à participação popular, defende-se a existência de indicadores para a mensuração de mecanismos e canais institucionais que

permitam ao cidadão o acesso direto à Câmara Municipal no exercício das funções legislativa, fiscalizatória e administrativa.

Pretende-se que tais críticas e direcionamentos fundamentem a propositura de indicadores específicos em trabalhos futuros que possam auxiliar os administradores públicos na elaboração de planejamentos estratégicos relativos às Câmaras Municipais.

Sobre os autores

Sirlene Nunes Arêdes é doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora da graduação em Direito da Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil; procuradora da Câmara Municipal de Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: sirlenearedes@gmail.com

Stanley Plácido da Rosa Silva é doutor em História Econômica pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em História Social pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; coordenador acadêmico do Instituto do Legislativo Paulista, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: stanleyplacido@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

ARÊDES, Sirlene Nunes; SILVA, Stanley Plácido da Rosa. Medindo o desempenho do Poder Legislativo: o que esperar das Câmaras Municipais? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 211-228, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p211

(APA)

Arêdes, S. N., & Silva, S. P. da R. (2020). Medindo o desempenho do Poder Legislativo: o que esperar das Câmaras Municipais? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 211-228. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p211

Referências

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; LEITE, Glauco Salomão. Poder Legislativo e dinâmica constitucional: um estudo à luz do princípio federativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 52, n. 207, p. 289-303, jul./set. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p289. Acesso em: 27 maio 2020.

BARBOSA, Alan Rangel. Relação Executivo-Legislativo municipal brasileiro: produção dos projetos de leis em Salvador. *Revista Cadernos de Estudos Sociais e Políticos*, [Rio de Janeiro], v. 4, n. 7, p. 86-115, jan./jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.12957/cesp.2015.19031>.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/CESP/article/view/19031>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRANDT, Cristina Thedim. A criação de municípios após a Constituição de 1988: o impacto sobre a repartição do FPM e a Emenda Constitucional nº 15 de 1996. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 47, n. 187, p. 59-75, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198693>. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. *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, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. *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 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. *Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 302.803/RJ*. Recurso extraordinário. Lei nº 2.645/98 do município do Rio de Janeiro. “Ruas de Vila”. Reconhecimento como logradouro público. Representação por inconstitucionalidade em face da Constituição estadual. Ofensa ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. Art. 7º da Constituição estadual do Rio de Janeiro. Art. 2º da Constituição Federal [...]. Recorrente: Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Recorrido: Prefeito do Município do Rio de Janeiro. Relatora: Min. Ellen Gracie, 1º de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260577>. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 823.698/SP*. Recorrente: Presidente da Câmara Municipal de Americana. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311201787&ext=.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas vinculantes*. [Brasília, DF]: STF, 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/2020SmulaVinculante1a29e31a58CompletoCapecontedo.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

COX, Gary W.; MORGENSTERN, Scott. Latin America's reactive assemblies and proactive presidents. *Comparative Politics*, [s. l.], v. 33, n. 2, p. 171-189, Jan. 2001. DOI: <https://doi.org/10.2307/422377>. Disponível em: <http://www2.pitt.edu/~smorgens/papers/cox%20and%20morgenstern%20CP.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

DINIZ, Simone. Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo decisório: avaliando sucesso e fracasso presidencial. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, p. 333-369, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000200004>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582005000200004. Acesso em: 27 maio 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

INÁCIO, Magna; MENEGUIN, Fernando. Desempenho do Poder Legislativo: como avaliar? *Textos para Discussão*, Brasília, DF, n. 155, p. 3-37, set. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td155/view>. Acesso em: 27 maio 2020.

JANNUZZI, Paulo de Martino. *Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fontes de dados e aplicações para formulação e avaliação de políticas públicas e elaboração de estudos*. 2. ed. Campinas: Alínea, 2003.

KERBAUY, Maria Teresa Miceli. As câmaras municipais brasileiras: perfil de carreira e percepção sobre o processo decisório local. *Opinião Pública*, Campinas, v. 11, n. 2, p. 337-365, out. 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762005000200003>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762005000200003. Acesso em: 27 maio 2020.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos Cebrap*, [São Paulo], n. 76, p. 17-41, nov. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002. Acesso em: 27 maio 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.14.045646-8/000*. Ação direta de inconstitucionalidade – município de Extrema – Lei nº 3.234/2014 – instituição de programa de prevenção, tratamento e reinserção social para pessoas portadoras de dependência química – inconstitucionalidade formal subjetiva – violação do princípio da separação dos Poderes [...]. Requerente: Prefeito do Município de Extrema. Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Extrema. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes, 25 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.14.079427-2/000*. Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 3.579/2014 do município de Lagoa Santa – medidas de padronização para construção de quebra-molas – projeto de lei de iniciativa do Poder Legislativo – matéria de natureza administrativa – vício de inconstitucionalidade formal – violação ao princípio da separação e independência entre os Poderes – pedido procedente [...]. Requerente: Prefeito do Município de Lagoa Santa. Requerida: Câmara Municipal de Lagoa Santa. Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes, 27 de abril de 2016a. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 27 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça (Órgão Especial). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.15.011975-8/000*. Ação direta de inconstitucionalidade – lei ordinária do município de Lagoa Santa/MG – matéria de iniciativa exclusiva do prefeito municipal – aumento de despesas para o erário municipal – vício formal de iniciativa – violação ao princípio da separação dos Poderes [...]. Requerente: Prefeito do Município de Lagoa Santa. Requerida: Câmara Municipal de Lagoa Santa. Relator: Des. Corrêa Camargo, 13 de abril de 2016b. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 27 maio 2020.

MOISÉS, José Álvaro; SIMONI JÚNIOR, Sérgio. Um índice para medir a força do Legislativo. In: MOISÉS, José Álvaro (org.). *O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung; NUPPs, 2014. p. 11-31. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ba65998b-1009-1a12-b8e4-27b1a83006e5&groupId=265553. Acesso em: 27 maio 2020.

RAUPP, Fabiano Maury; PINHO, José Antonio Gomes de. *Accountability* em câmaras municipais: uma investigação em portais eletrônicos. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 48, n. 4, p. 770-782, out./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.5700/rausp1120>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072013000400011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 maio 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Stanley Plácido da Rosa. Política, clientelismo e comportamento legislativo: a Câmara Municipal de São Gonçalo e as “melhorias urbanas” (1977-1982). *OPISIS*, Catalão, v. 12, n. 2, p. 190-211, jul./dez. 2012. DOI: <https://doi.org/10.5216/o.v12i2.18306>. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/Opsis/article/view/18306>. Acesso em: 27 maio 2020.

TORRENS, Antonio Carlos. Poder Legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 50, n. 197, p. 189-204, jan./mar. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p189. Acesso em: 27 maio 2020.

YEUNG, Luciana; DANTAS, Humberto; LAZZARINI, Sérgio. Medindo o desempenho de um parlamento brasileiro: o caso da Câmara Municipal de São Paulo. *Insper Working Paper*, [São Paulo], n. 306, p. 1-31, 2013. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/2013_wpe306.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

Inova Simples aplicado ao modelo de remuneração da universidade pública por incubação de *startups*

Um exame da Universidade Federal de Minas Gerais

RUBIA CARNEIRO NEVES

Resumo: O presente trabalho dedica-se a responder se o Inova Simples, instituído pela Lei Complementar nº 167/2019, consiste em tratamento tributário diferenciado e em mecanismo de apoio à incubação de *startups* por universidade pública. Nele se analisam os argumentos utilizados pela Receita Federal do Brasil para impedi-las de optar pelo regime tributário correspondente ao Simples Nacional apenas pelo fato de sócios de *startups* em incubação terem constituído usufruto sobre suas quotas em favor da universidade pública incubadora. Também se analisam os contornos do Inova Simples e a conformação da incubação de *startup* por universidade pública remunerada pelo usufruto de quotas. Conclui-se que o regime jurídico do Inova Simples veda expressamente às *startups* a opção pelo Simples Nacional, não traz tratamento fiscal diferenciado às *startups* incubadas por entes públicos, nem soluciona a incongruente interpretação da Receita Federal que equipara o usufruto de quotas à participação societária, impedindo-as de optar pelo Simples Nacional. Para que se ofereça benefício fiscal relevante para o empreendedor dedicar-se a desenvolver empresas de caráter inovador, sugere-se que o Comitê Gestor do Simples Nacional module a regulamentação do Inova Simples de modo a permitir que não incidam tributos por período determinado sobre a comercialização experimental de produtos e serviços inovadores.

Palavras-chave: Incubação. *Startup*. Universidade pública. Remuneração por incubação. Inova Simples.

Recebido em 18/11/19

Aprovado em 19/5/20

Critical analysis of Inova Simples applied to the public university remuneration for startups incubation: an examination within the Federal University of Minas Gerais

Abstract: The paper considers how effective the Inova Simples, instituted by Complementary Law n. 167 of April 24, 2019, consists of different tax treatment and a support mechanism for the incubation of startups by a public university. It conducted an analysis of the arguments used by the Brazilian Federal Revenue Service to prevent startups on incubation process from opting for the tax regime corresponding to Simples Nacional due to the fact that their members have granted usufruct rights of ownership units (“quotas”) to the incubating public university. Additionally, it was presented a descriptive analysis of the outlines of Inova Simples and the conformation of the startup incubation by a public university paid via usufruct of ownership units. It was concluded that the Inova Simples legal regime expressly forbids startups to opt for Simples Nacional, does not provide a different tax treatment to startups incubated by public entities, nor does it resolve the incongruous interpretation of the Brazilian Federal Revenue Service that equates the usufruct of ownership units with membership interest, preventing these startups from using the Simples Nacional. In order to offer a relevant tax benefit so that the entrepreneur can dedicate to developing innovative companies, it is suggested that the Management Committee of Simples Nacional adjust the regulation of Inova Simples to allow the exclusion of taxes for a determined period on the experimental sales of innovative products and services.

Keywords: Startups. Startup incubation. Public university. Incubation costs. Inova Simples.

1 Introdução

O docente da universidade pública, junto com os demais participantes da atividade universitária, produz conhecimento e objetos inovadores (obras literárias, artísticas, científicas e técnicas), inclusive protegidos pela propriedade intelectual. Atuando de modo indissociável na produção e difusão de conhecimentos, a universidade gera volume de saberes que ultrapassa em muito aquele compreendido por figuras de propriedade industrial direcionadas para proteger o uso exclusivo de determinadas

tecnologias por meio de patentes de invenção (DINIZ; NEVES, 2016; ETZKOWITZ, 2003b, p. 112¹).

Uma das estratégias adotadas pelo regime jurídico brasileiro em torno da inovação é a de incentivar a incubação de *startups* em universidades públicas. Entretanto, as empresas incubadas desenvolvem suas inovações em condições de incerteza e, além da dificuldade de arcar com os custos de seu funcionamento, os quais compreendem desde despesas relacionadas à constituição e formalização empresarial até experimentos e validações de produtos ou serviços, têm de pagar pela incubação (ETZKOWITZ, 2003a, p. 295).

Por outro lado, para a universidade pública, receber justa remuneração pela incubação representa o incremento financeiro necessário para habilitá-la a arcar com os custos inerentes à atividade, bem como com os indispensáveis à execução de sua política de inovação, de investimento em pesquisas para a criação de novos produtos, serviços ou processos.

Ordinariamente, a universidade adota como remuneração pela incubação uma taxa mensal, fixa e simbólica, e eventualmente um valor adicional variável, pago a partir do sucesso do empreendimento, com base na distribuição de dividendos decorrentes de usufruto sobre quotas constituído em favor da universidade pública incubadora.

Ocorre que, sem considerar o conjunto de normas legais vigentes e os objetivos da Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, a

¹“A universidade é um local especialmente propício para inovação devido a características básicas como seu alto fluxo de capital humano na forma de estudantes que são uma fonte de inventores em potencial. A universidade é uma incubadora natural” (ETZKOWITZ, 2003b, p. 112, tradução nossa). No original: “The university is an especially propitious site for innovation due to such basic features as its high rate of flow through of human capital in the form of students who are a source of potential inventors. The university is a natural incubator”.

Receita Federal do Brasil (RFB) torna difícil a adoção dessa estratégia de pagamento pela incubação, ao entender que, para fins tributários, deve equiparar-se o usufruto sobre quotas à participação societária.

Rememore-se que a Lei Complementar nº 167/2019, que trata do apoio à inovação, criou o Inova Simples da Empresa Simples de Inovação como abordagem regulatória voltada a desenvolver “iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclararem como *startups* ou empresas de inovação” (BRASIL, 2019d).

O Inova Simples está anunciado na lei como “regime especial simplificado que concede [...] tratamento diferenciado com vistas a estimular a criação, formalização, desenvolvimento e consolidação de *startups* como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda” (BRASIL, 2019d). O presente trabalho analisa se a nova legislação trouxe solução para a universidade pública ser remunerada pela incubação dessas empresas, especialmente mediante a constituição de usufruto sobre quotas de participação em sociedades limitadas, negócio jurídico que permite à universidade receber, se exitosa a *startup*, contrapartida por oferecer apoio à incubada sem prejudicar a sua criação, desenvolvimento e maturação.

Considerando a vedação constante na Lei Complementar nº 167/2019 quanto à *startup* optar pelo Simples Nacional, formulou-se a hipótese de que, além de não ter apresentado a possibilidade de remuneração da universidade pública pela incubação com base no modelo de pagamento mediante usufruto sobre quotas, a nova legislação conformou o Inova Simples com carga tributária mais elevada.

Para confirmar ou refutar essa hipótese, analisou-se a legislação vigente e os contornos do modelo de pagamento com adoção do usufruto sobre quotas com base na experiência da

incubadora *Inova* da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), bem como os argumentos utilizados pela RFB para equiparar o usufruto à participação societária.

2 A *startup* incubada e a remuneração da universidade pública mediante usufruto sobre quotas

Antes mesmo de a Lei nº 13.243/2016 (BRASIL, 2016b) incluir a definição de incubadora de empresas² na Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação) (BARBOSA, 2011; DINIZ; NEVES, 2016), a atividade de incubação já tinha respaldo no texto de 2004³ e vinha sendo amplamente praticada por agentes envolvidos com a cadeia de inovação no Brasil⁴.

Em 2016, foram mapeadas 161 incubadoras no Brasil, das quais 84 eram universitárias (AZEVEDO; POZZOBON; CAMPOS; URRUTIA; TEIXEIRA, 2016). Com base na revisão bibliográfica de Bellgardt, Gohlke, Haase, Parzonka e Schicketanz (2014), Leydesdorff (2000), Metcalfe (2010), Johnson (2008), Etzkowitz (2003a, 2003b), Ivanova e Leydesdorff (2014), pode-se ter ideia da relevância da correlação entre tecnologia, inovação e desenvolvimento econômico, em que se destaca o modelo de interação universidade-indústria-governo para a promoção da inovação. A atuação da universidade empreendedora como escritório de proteção e transferência de conhecimento

ou como incubadora apresenta inúmeros benefícios, como recursos para gerenciar e comercializar o conhecimento produzido em vários níveis e para incorporar peças específicas de propriedade intelectual protegida à tecnologia de uma empresa desenvolvida e impulsionada por um empreendedor. As organizações de interface também desempenham um papel linear reverso na relevante conexão da universidade com problemas externos, fontes de conhecimento e empresas que buscam inovações.

Envolvida com a produção de conhecimento e a cadeia de inovação, a UFMG é exemplo de Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) pública que, por meio de incubadora (*Inova*), apoia empreendimentos empresariais inovadores, selecionados publicamente no âmbito do seu Programa de Incubação, no qual se adotou um modelo pioneiro de remuneração pelas incubadas.

Com essa iniciativa, a universidade fornecia aos proponentes dos projetos empresariais incubados amplo suporte em bens e serviços, tais como: sala compartilhada em sistema de *coworking*; acesso à internet; ramal telefônico para ligações internas no *campus* universitário; infraestrutura compartilhada (sala para reuniões, miniauditório equipado com recurso audiovisual, copa e recepção); condicionada à disponibilidade, a interface com docentes e discentes para fins de integração com pesquisadores e acesso a laboratórios; interface com outras instituições científicas e tecnológicas, públicas e privadas, centros de ensino para formação de parcerias estratégicas; orientação sobre a proteção dos direitos decorrentes da propriedade industrial, obtida em parceria com a universidade; acompanhamento pelo Núcleo de Planejamento Tecnológico da incubadora condicionado à disponibilidade de recursos; consultoria na elaboração de projetos para captação de recursos em agências de fomento, no caso de

²“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] III-A – incubadora de empresas: organização ou estrutura que objetiva estimular ou prestar apoio logístico, gerencial e tecnológico ao empreendedorismo inovador e intensivo em conhecimento, com o objetivo de facilitar a criação e o desenvolvimento de empresas que tenham como diferencial a realização de atividades voltadas à inovação” (BRASIL, [2016a]).

³Ver Lei nº 10.973/2004, arts. 3º, 4º, I, e 22 (redação original).

⁴Ver Incubadoras... (2006).

editais voltados para apoiar incubadoras, empresas ou projetos vinculados à incubação; cursos, palestras, *workshops* e consultorias especializadas sobre legislação, contabilidade, comercialização, gestão empresarial, transferência tecnológica e temas correlatos à atividade empreendedora.

Operacionalizava-se o programa de incubação mediante contrapartidas pelo apoio prestado às empresas incubadas, com o pagamento à universidade de remuneração financeira estabelecida em duas prestações. A primeira se dava por meio de pagamento de valor mensal fixo pela incubada, variando entre 100 e 200 reais, e a segunda, por constituição de usufruto⁵ gravado em favor da universidade sobre quotas de titularidade dos sócios da incubada (MURAD; NEVES, 2013).

Como se sabe, apesar de representar um direito pessoal patrimonial⁶, a quota de sociedade limitada é suscetível de ser gravada com usufruto por aplicação subsidiária ou supletiva⁷ da Lei das Sociedades por Ações⁸. Tal possibilidade, inclusive, foi reconhecida no Manual de Registro de Sociedade Limitada⁹ e pelo Poder Judiciário¹⁰. No modelo da UFMG, o usufruto gravado em favor da universidade (usufrutuária)

⁵ Também faz uso do usufruto constituído sobre ações como forma de remuneração pela transferência de tecnologia protegida pelo regime jurídico da propriedade intelectual. Ver UFMG... (2011).

⁶ Ver Lei nº 10.406/2002, art. 83, III (BRASIL, [2020a]).

⁷ Ver Lei nº 10.406/2002, art. 1.053, parágrafo único.

⁸ Ver Lei nº 6.404/1976, art. 40 (BRASIL, [2019e]).

⁹ Instrução Normativa DREI nº 38, de 2 de março de 2017 (BRASIL, 2017a). Manual de Registro de Sociedade Limitada (Anexo II da Instrução Normativa nº 38) alterado pela Instrução Normativa nº 63 (BRASIL, 2019b): “10.2.1 Contrato de alienação, usufruto ou arrendamento de estabelecimento. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento de estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de arquivado na Junta Comercial e de publicado, pela sociedade empresária, no Diário Oficial da União ou no Diário Oficial do Estado em que se localize sua sede, bem como em jornal local de grande circulação (art. 1.152, § 1º do Código Civil). A publicação poderá ser em forma de extrato, desde que expressamente autorizada no contrato” (BRASIL, 2017b, p. 50).

¹⁰ Apelação nº 0003272-47.1993.8.19.0000 (RIO DE JANEIRO, 1996).

foi conformado para produzir efeitos pelo prazo de dez anos, durante o qual caberia à usufrutuária receber 5% dos dividendos pagos aos sócios pela sociedade empresária incubada, mais o mesmo percentual de valor patrimonial das quotas, nos casos de liquidação do patrimônio social, alienação, resgate ou reembolso das quotas. No caso de transferência destas, o valor patrimonial somente seria devido se a usufrutuária decidisse não manter o usufruto constituído perante o terceiro adquirente.

Tal remuneração foi assim definida para permitir que a universidade pudesse receber contrapartida pelos custos operacionais de infraestrutura sem comprometer as finanças da incubada. Esta, por estar em fase inicial de operação, usualmente não dispunha de recursos financeiros suficientes para pagar todas as despesas inerentes à instalação e ao funcionamento de uma empresa, e ainda suportar o dever de pagar a totalidade dos custos de incubação.

Além disso, também se justifica a escolha do usufruto sobre quotas de titularidade dos sócios como o tipo negocial para se alcançar a contrapartida da universidade porque a) se trata de direito real, constituído com o registro na Junta Comercial, portanto, público, oponível *erga omnes*; b) oferece direito de seqüela inerente aos direitos reais, pois, mesmo que as quotas sejam transferidas a terceiros, os adquirentes terão ciência do gravame constituído em favor da universidade, devendo pagar a ela a contrapartida devida em função do usufruto.

Como instituto pertencente à categoria dos direitos reais, o usufruto diferencia-se dos direitos provenientes das relações estritamente pessoais ligadas à coisa alheia, acompanhando o bem em poder de quem quer que o adquira. O usufruto apresenta efeitos diferentes, por exemplo, dos resultantes das relações derivadas do contrato de locação (PEREIRA, 2004, p. 291). Ademais, os ganhos decorrentes do usufruto

sobre as quotas dos sócios somente são devidos se a atividade empresarial alcançar êxito, evitando-se, assim, comprometer o caixa e a vida financeira das incubadas antes de estarem prontas para assumir maior volume de despesas.

Como integrante da administração pública e diante de seu papel de fomentar a inovação nas empresas, a universidade pública deve conformar sua política de incubação de modo a não pretender receber grandes somas de recursos na fase inicial do desenvolvimento empresarial. Ao contrário, é ideal apostar que a incubação viabilize boas perspectivas de êxito à atividade empresarial da incubada; ao lado do atendimento dos objetivos da política de inovação, isso pode acarretar ao final o recebimento de maior volume de resultados financeiros (DINIZ; NEVES, 2017, p. 19-30).

Assim, o recebimento da contrapartida de forma diluída pelo período de dez anos poderia assegurar contínua disponibilidade de orçamento para a incubadora empregar recursos em novas incubadas voltadas a atividades de pesquisa e desenvolvimento, criando um ciclo virtuoso de fomento e retroalimentação do incentivo à inovação.

Apesar de todos esses benefícios, no caso específico analisado no presente trabalho, o modelo de remuneração pela incubação deixou de ser economicamente atraente quando a RFB passou a considerar que o usufruto constituído sobre quotas de sociedades limitadas é espécie de participação societária. Como há vedação legal expressa quanto à opção pelo regime tributário Simples Nacional para a sociedade empresária de cujo capital social participe entidade da administração pública direta ou indireta, federal, estadual ou municipal, a incubada teve que deixar de optar pelo Simples Nacional, sujeitando-se à oneração da carga tributária, conforme se detalha nos tópicos seguintes.

3 A remuneração pela incubação mediante usufruto de quotas e o impedimento de incubada por universidade pública optar pelo Simples Nacional

Em resposta à consulta feita por incubada pela UFMG, a RFB manifestou o posicionamento de que o gravame de quotas de sociedade limitada com usufruto configuraria modalidade de participação no capital social¹¹.

Ao adotar essa posição, a RFB desconsiderou que o usufruto sobre quotas é regulado de modo especial pelo Direito Empresarial e que, por isso, a quantidade de direitos conferidos ao usufrutuário não ocorre

¹¹ Em 16/3/2017, na Solução de Consulta DISIT/SRRF07 nº 7.008 (BRASIL, 2017c); em 11/6/2014, na Solução de Consulta COSIT nº 204 (BRASIL, 2014).

numerus clausus, mas conforme os termos do instrumento de constituição do usufruto. Com efeito, sem apoio em lei, formulou o entendimento de que a simples condição de usufrutuário comportaria elementos caracterizadores da condição de sócio.

Entre as consequências de tal iniciativa, as incubadas cujos sócios tivessem conferido usufruto sobre quotas à universidade pública conformada como autarquia ou fundação¹² não poderiam continuar como optantes do Simples Nacional (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2012, p. 32), já que teriam entidade da administração pública indireta na condição de usufrutuária considerada como sócia pela RFB¹³.

Em termos específicos, na resposta à Solução de Consulta nº 7.008, a RFB alegou que o art. 19, § 2º, III, da Lei nº 10.973/2004¹⁴ – por prever a participação societária como um dos instrumentos de estímulo à inovação nas empresas – implicaria que o negócio jurídico de usufruto firmado pela universidade necessariamente teria sido um contrato de sociedade e que ela, apesar de não dispor de quaisquer prerrogativas de sócia, teria participação societária.

Ao deixar claro que não aceitava o usufruto como instrumento de estímulo à inovação, independentemente da modulação de direitos conferidos à usufrutuária e apesar de reconhecer que no contrato social da empresa incubada não constavam prerrogativas de sócio atribuídas à usufrutuária, a RFB afirmou que o aludido contrato não poderia dispor contra as normas legais imperativas com o propósito de afastar o entendimento de que a titular do usufruto teria participação societária na *startup*.

Todavia, além de se mostrar incongruente com a redação da mencionada norma e com categorias jurídicas básicas do Direito brasileiro, essa abordagem opõe-se aos objetivos constitucionais da universidade

¹² Ver Decreto-lei nº 200, de 25/12/1967 (BRASIL, [1998]), alterado pelo Decreto-lei nº 900, de 29/9/1969 (BRASIL, [1987]), pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21/11/1986 (BRASIL, 1986) e pela Lei nº 7.596, de 10/4/1987, arts. 1º, II, *d*, parágrafo único; 2º; 3º; e 5º, IV, § 3º (BRASIL, [2008]).

¹³ Lei Complementar nº 123/2006: “Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: [...] III – de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal” (BRASIL, [2019c]).

¹⁴ “Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as ICTs e suas agências de fomento promoverão e incentivarão a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas brasileiras e em entidades brasileiras de direito privado sem fins lucrativos, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura a serem ajustados em instrumentos específicos e destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional. [...] § 2º-A. São instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, quando aplicáveis, dentre outros: [...] III – participação societária” (BRASIL, [2016a]).

pública, ordenada a participar do fomento à inovação no País¹⁵. Com efeito, na linha de raciocínio adotada pela RFB, ao invés de se constituir em mecanismo de apoio aos empreendedores para a gestão de empresas inovadoras, a participação da universidade na incubação passaria a ser fator de oneração da atividade empresarial, com aumento da carga tributária.

Desse modo, como foram obrigadas a deixar de optar pelo Simples Nacional (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2012, p. 20-45), as incubadas sujeitaram-se à oneração da carga tributária (JUNQUEIRA; CASTRO, 2016, p. 62-67). O impedimento de uma incubada – atuante, por exemplo, na área de serviços – utilizar-se do Simples Nacional pode representar a elevação da carga tributária de 6% para mais de 20%¹⁶, já que deve passar a ser optante do regime tributário correspondente ao Lucro Presumido ou ao Lucro Real¹⁷. Ela também deverá recolher o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e o Imposto sobre Serviços (ISS), de forma separada e com alíquotas diferentes, as quais por sua vez representam juntas percentual muito superior ao devido no âmbito do Simples Nacional (COELHO, 1999; CARVALHO, 2019).

Como a incubada está iniciando a atividade empresarial, o aumento da carga tributária poderá inviabilizar o seu funcionamento e a sua permanência no mercado; com isso repercutindo em cadeia, atingir-se-ão não só todas as empresas similares, com a interrupção do fornecimento de bens e serviços inovadores necessários à coletividade, mas também a geração de empregos, o razoável e contínuo pagamento de tributos, bem como o desenvolvimento econômico e social. Nesse caso, além de não permanecer a perspectiva de a universidade ser remunerada no longo prazo com base no usufruto constituído, a empresa poderá ser encerrada e, com isso, o círculo virtuoso de promoção da inovação nas empresas se frustrará. Claro que será a sociedade brasileira que suportará o ônus do investimento público perdido em recursos humanos, financeiros e estruturais no âmbito do Programa de Incubação.

¹⁵ Esta atuação da RFB também se verifica em relação à sociedade em conta de participação. Em tom de crítica, Júdice (2016, p. 165) aponta que, “sob a ótica de repartição dos três poderes, a Receita Federal vem, indevidamente, usurpando as prerrogativas do Poder Legislativo, e vem atuando como legislador ao impor algumas limitações que atrapalham o bom uso das SCPs, sobretudo quando viola o Código Civil e institui que as SCPs serão comparadas às pessoas jurídicas, o que impede que uma pessoa jurídica limitada (Ltda.) optante pelo Simples Nacional venha a constituir uma SCP”.

¹⁶ Ver Anexo III da Lei Complementar nº 123/2006 (BRASIL, [2019c]).

¹⁷ O regime tributário do Lucro Real é aquele em que a tributação é calculada com base no lucro líquido auferido pelo exercício da empresa. No Lucro Presumido, a tributação incide sobre uma margem de lucro estipulada.

Além de causar esses efeitos concretos, o posicionamento da RFB apresenta exegese de diversos dispositivos legais de modo incongruente com o ordenamento jurídico brasileiro¹⁸ e em contrariedade aos contornos da Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, segundo a qual é dever do Estado incentivar a criação, a manutenção e o crescimento de empresas inovadoras¹⁹, especialmente das microempresas e empresas de pequeno porte²⁰.

A RFB expressou o seu posicionamento considerando que, ao estabelecer a participação societária como um dos instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, o art. 19, § 2º, III, da Lei nº 10.973/2004 (BRASIL, [2016a]) determinaria que a universidade estivesse adstrita a celebrar apenas esse tipo de negócio jurídico para participar da cadeia de criação e transferência de inovação. Esse entendimento desconsidera, no entanto, que aquela norma apenas exemplifica os instrumentos de estímulo à inovação, deixando, com a expressão “dentre outros”, ampla margem à utilização de instrumentos ali não previstos, como o usufruto de participação societária.

Além de não haver na Lei nº 10.973/2004 (SALES; QUEIROZ, 2018) nem nas demais leis vedação alguma quanto à utilização do usufruto de participação societária como instrumento de estímulo à inovação nas empresas, ressalte-se que as quotas são gravadas com usufruto pelos sócios e não pela sociedade empresária. Ou seja, o negócio de constituição de direito real não é celebrado entre a universidade e a sociedade empresária, aspecto que reitera a incongruência de confundi-lo com situação de participação societária.

É muito claro que o usufruto firmado entre a universidade e os sócios da sociedade empresária incubada não caracteriza, nem jurídica nem

¹⁸ Em situação um pouco diferente, mas no mesmo sentido incongruente, assim decidiu a RFB na Solução de Consulta COSIT nº 196, de 5/11/2011: “PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL DE OUTRA SOCIEDADE. NUPROPRIETÁRIO DE QUOTAS SOCIAIS. LIMITES DE RECEITA BRUTA. VEDAÇÃO. Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, incluído o Simples Nacional, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe, mesmo na condição de nu-proprietário de quotas sociais, com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela referida Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* do art. 3º da mesma Lei Complementar” (BRASIL, 2018b).

¹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB): “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia” (BRASIL, [2019a]).

²⁰ CRFB: “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei” (BRASIL, [2019a]).

materialmente, a alegada participação no capital social: a participação societária em sociedade limitada pressupõe integralização de moeda ou outro tipo de bem com lançamento específico no balanço patrimonial da pessoa jurídica societária.

Embora submetidos ao regime jurídico da Lei nº 8.666/1993, os contratos celebrados para a constituição do usufruto em favor do ente administrativo são predominantemente regidos pelo direito privado²¹. Assim, devem ser observadas as normas de direito privado que regem o contrato de sociedade e o negócio jurídico do usufruto, e não conflitam com os ditames administrativos.

Acresce que o Código Civil de 2002 (CC) (BRASIL, [2020a]) define de forma completamente distinta o usufruto²² e o contrato de sociedade²³. Segundo o CC, celebram contrato de sociedade as pessoas (a) que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços (b), para o exercício de atividade econômica (c) e a partilha, entre si, dos resultados (d). Assim, para que se constitua o contrato de sociedade, (a) as partes contratantes identificadas como sócias, que podem ser pessoas naturais ou jurídicas, celebram determinado contrato típico (b e c), no qual se obrigam reciprocamente a empregar recursos para o exercício de atividade econômica (objeto social), seja na forma de capital (bens) ou de trabalho (serviços) (FEIGELSON; NYBO; FONSECA, 2018). Ademais, é essencial a esse

contrato que (d) “os sócios compartilhem, entre si, os resultados econômicos (lucros ou prejuízos) da atividade contratualmente selecionada para o emprego dos recursos comuns” (REIS, 2015).

O contrato de sociedade tipificado pela lei civil sujeita-se à incidência das normas jurídicas previstas à espécie, que podem disciplinar tanto as relações entre os sócios quanto aquelas entre estes e terceiros. Para firmá-lo, o sócio tem o dever de contribuir com bens ou serviços e, a partir daí, passa a ser titular de direitos essenciais e específicos desse tipo contratual, como o de participar da divisão dos lucros, de rescindir o contrato e ter reembolso do capital investido, de fiscalizar a gestão do patrimônio societário e o exercício da atividade social, de votar nas deliberações sociais e de participar da divisão do patrimônio social em caso de extinção da sociedade.

Respeitadas as regras legais de ordem pública e os bons costumes, os sócios são dotados de autonomia da vontade, isto é, do poder de regular as condições e as modalidades de vínculos, bem como de decidirem a matéria e a extensão de suas convenções (THEODORO JÚNIOR, 1993, p. 15-17). Relembre-se ainda que, além de ter direitos, os sócios são subsidiariamente responsáveis pelas dívidas sociais, podendo até responder de forma solidária, conforme o tipo societário.

Como se depreende da tipicidade do contrato de sociedade, a incubadora na condição de usufrutuária não celebra tal modalidade contratual, não ocupando, portanto, a posição de sócia da incubada. Em contrapartida à incubação, a incubadora passa a ter direito a uma parte específica dos frutos gerados com base na titularidade dos sócios sobre as quotas, ou seja, direito a parte da renda eventual como contrapartida pela incubação.

Observe-se que são os sócios das incubadas, como titulares das quotas gravadas, os jurídicos

²¹ Lei nº 8.666, de 1993: “Art. 62. [...] § 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado” (BRASIL, [2019g], grifo nosso).

²² Lei nº 10.406/2002: “Art. 1.394. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos” (BRASIL, [2020a]).

²³ Lei nº 10.406/2002: “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados” (BRASIL, [2020a]).

devedores dos dividendos a serem pagos à incubadora usufrutuária, em virtude do usufruto. A incubadora não participa do exercício da empresa, nem fiscaliza a sua condução. É a incubada que realiza a empresa por meio dos seus sócios e representantes. A incubadora não detém os direitos essenciais à condição de sócio, em especial os direitos de fiscalizar a gestão do patrimônio societário e o exercício da atividade social, como também o de votar nas deliberações sociais. Ademais, ela não está obrigada a suportar os prejuízos decorrentes do exercício empresarial, e por consequência não tem responsabilidade subsidiária ou solidária pelas dívidas da pessoa jurídica da sociedade. Na verdade, a posição de usufrutuária decorre da contratação do típico negócio jurídico do usufruto, diverso do contrato de sociedade.

A característica básica do usufruto é destacar-se da propriedade o direito de usar a coisa ou o direito de perceber os frutos que ela é capaz de produzir (PEREIRA, 2004, p. 289; MILAGRES, 2020, p. 357-369). O usufruto constituído em favor da universidade recai sobre vantagens patrimoniais de quotas, cuja modulação é especializada pelo Direito Empresarial em relação ao Direito privado comum. Assim, o sócio, titular das quotas, usufrui toda a gama de direitos e deveres decorrentes do contrato de constituição de sociedade e pode, nos termos do instrumento de usufruto que formalizar, destacar um ou mais direitos e atribuí-los ao usufrutuário.

Nesse modelo de usufruto, como o utilizado para a incubação, atribuiu-se à incubadora usufrutuária o direito de perceber os frutos correspondentes a apenas duas prestações financeiras: uma, correspondente aos dividendos devidos pela incubada aos sócios; e outra, correspondente ao valor patrimonial das quotas, em caso de liquidação do patrimônio social, ou de alienação, reembolso ou resgate das quotas (VERSIANI, 2017, p. 13-221).

No caso de alienação das quotas, o pagamento do valor patrimonial somente será devido à incubadora usufrutuária pelo sócio alienante se ela decidir não manter o usufruto constituído perante o adquirente das quotas (BARBOSA, 2012, p. 377-381). Deduz-se, pois, que os sócios continuam como titulares dos demais direitos inerentes às quotas. Porém, independentemente da natureza e quantidade dos direitos atribuídos à usufrutuária de quotas, a RFB, contrariando o Direito brasileiro aplicável à espécie, equiparou o usufruto sobre quotas à participação societária.

Importa notar que esse entendimento contraria a regulação do usufruto pelo Direito brasileiro, bem como a lógica de fomento à inovação nas empresas. Para a consecução das atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística, mediante contrapartida financeira ou não financeira, a universidade pública está autorizada a compartilhar

ou permitir o uso de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com as incubadas voltadas à inovação tecnológica, bem como lhes transferir o capital intelectual necessário ao desenvolvimento de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação que vierem a promover²⁴.

Nesse sentido, a universidade pública está autorizada a celebrar convênio de incubação e, em troca, estabelecer como contrapartida prestação financeira eventual e variável. Igualmente, a Lei de Inovação autoriza a livre modulação contratual para instrumentalizar o compartilhamento e o uso de suas instalações, materiais e capital intelectual, com o fim de incentivar e fomentar a inovação tecnológica e viabilizar a incubação.

Como se vê, uma vez ausente o artificial impedimento criado pela RFB, o modelo do usufruto sobre quotas se mostra satisfatório para se conformar juridicamente o modo de pagamento da contrapartida pela incubação, pois, por meio dele, a incubadora receberia direito real, portanto, oponível contra terceiros e não precisaria investir recursos financeiros para integralizar as quotas, como ocorreria se fosse parte no contrato de constituição de sociedade. Além disso, a incubada somente arcaria com a contrapartida em relação à incubadora se alcançasse sucesso em sua atividade empreendedora e realizasse a distribuição de dividendos aos respectivos sócios, permitindo à universidade ser remunerada pelo apoio essencial que prestou à empresa inovadora.

Infelizmente, ao instituir o Inova Simples, o legislador não cuidou dessas dificuldades em relação à remuneração da universidade pública como incubadora de *startups*, contrariando o sistema jurídico brasileiro, segundo o qual se deveria conferir a esse tipo de empresa tratamento diferenciado e mais benéfico (FALCÃO, 2017), não somente por se qualificarem como microempresas e empresas de pequeno porte, mas também por se voltarem à promoção e ao desenvolvimento da inovação.

Muito embora o Brasil tenha previsto incentivos fiscais à inovação, como o faz a Lei de Informática (Lei nº 8.248/1991 (BRASIL, [2019f]) e

²⁴ Lei nº 10.973/2004: “Art. 4º A ICT pública poderá, mediante contrapartida financeira ou não financeira e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio: I – compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com ICT ou empresas em ações voltadas à inovação tecnológica para consecução das atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; II – permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por ICT, empresas ou pessoas físicas voltadas a atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, desde que tal permissão não interfira diretamente em sua atividade-fim nem com ela conflite; III – permitir o uso de seu capital intelectual em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação. Parágrafo único. O compartilhamento e a permissão de que tratam os incisos I e II do *caput* obedecerão às prioridades, aos critérios e aos requisitos aprovados e divulgados pela ICT pública, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades a empresas e demais organizações interessadas” (BRASIL, [2016a]).

alterações²⁵) e a Lei do Bem (Lei nº 11.196/2005 (BRASIL, [2018a]) e alterações²⁶), eles não resolvem o problema de remuneração da universidade pública pela incubação de *startups*, em especial por meio do usufruto de quotas.

A Lei de Informática e a Lei do Bem não são direcionadas à realidade de *startups*, que além de estarem ainda em fase de estruturação e sem condições financeiras ou técnicas para montarem o setor de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I), para se valerem dos incentivos fiscais concedidos por essas leis, devem necessariamente optar pelo regime de tributação correspondente ao lucro real, o que nem sempre se mostra compatível com o custo inicial de montar a empresa e promover inovação.

Ora, atualmente a Lei de Informática concede isenção de 95% do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para pessoas jurídicas que se dediquem a produzir produtos industrializados específicos, isto é, *hardware* e componentes eletrônicos (CORDER; SALLES-FILHO, 2004). Há que se considerar a possibilidade de criação de diversos produtos e serviços inovadores relevantes à sociedade brasileira que mereceriam incentivos estatais e que não estão abrangidos nessas categorias beneficiadas pela lei analisada.

Do mesmo modo, a Lei do Bem não está direcionada às *startups*, uma vez que exige custosa estrutura de PD&I e se limita a conceder dedução de 20,4% a 34% do lucro líquido da soma dos dispêndios realizados no período para a apuração do IRPJ; redução de 50% do IPI e depreciação integral, no próprio ano da aquisição, incidente sobre equipamentos, máquinas,

aparelhos e instrumentos, também acessórios e ferramentas que acompanhem esses bens, destinados à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico; amortização acelerada, mediante dedução como custo ou despesa operacional, no período de apuração em que forem efetuados, dos dispêndios relativos à aquisição de bens intangíveis, vinculados exclusivamente às atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, para efeito de apuração do IRPJ; e redução a zero da alíquota do imposto de renda retido na fonte nas remessas efetuadas para o exterior destinadas ao registro e manutenção de marcas, patentes e cultivares (PACHECO, 2011).

Além disso, ao realizar análise da avaliação governamental quanto ao êxito da Lei de Informática e da Lei do Bem, Silva (2018) verificou ser inexistente ou qualitativamente insuficiente. Concluiu a pesquisadora pela possibilidade de deturpação das destinações de recursos, além de não se verificarem os resultados obtidos e de não haver comprometimento com a exigência de contrapartida empresarial. O governo realiza avaliações insuficientes para a consecução de uma gestão eficiente dos recursos públicos renunciados por meio dos incentivos fiscais.

No caso da Lei de Informática, embora haja previsão de que devam ser realizadas avaliações *ex post* a cada dois anos, pelos relatórios de resultados divulgados percebeu-se que as avaliações são feitas em intervalos bem maiores. Em relação à Lei do Bem, os relatórios de resultados são divulgados anualmente; no entanto, trazem informações limitadas e superficiais, utilizando apenas macrodados e sem aprofundar na avaliação dos efeitos socioeconômicos gerados por ambas as leis (SILVA, 2018, p. 96).

Diante desses resultados e da ausência de benefícios fiscais específicos para *startups* nessas duas leis, o Inova Simplex – anunciado como

²⁵ Leis nºs 10.176/2001, 11.077/2004, 13.023/2014, 13.674/2018 e 13.969/2019.

²⁶ Leis nºs 11.487/2007, 11.488/2007, 11.724/2008, 11.727/2008, 11.774/2008, 11.941/2009, 11.945/2009, 11.960/2009, 12.024/2009, 12.350/2010, 12.599/2012, 12.715/2012, 12.716/2012, 12.859/2013, 12.865/2013, 12.995/2014, 13.137/2015, 13.161/2015, 13.241/2015 e Lei Complementar nº 120/2015.

regime capaz de estimular a criação, formalização, desenvolvimento e consolidação de *startups* como agentes indutores de avanços tecnológicos e geração de emprego e renda – deveria conceder incentivos fiscais reais para que empresas em estágios iniciais de fato fossem estimuladas ao desenvolvimento de inovações para solucionar problemas brasileiros, como a cura dos efeitos de um vírus.

Como se afirmou, a universidade pública apresenta condições favoráveis para criar e transferir conhecimentos para o mercado e o governo, e a incubação de *startups* pode ser uma possibilidade de viabilizar essa expectativa de propiciar inovação para a sociedade brasileira.

4 Inova Simples: a conformação de regime tributário menos benéfico e a manutenção do problema para remunerar a universidade pública pela incubação

Apesar de criado pela Lei Complementar nº 167/2019 como regime especial simplificado que concede às *startups* (ou empresas de inovação) tratamento diferenciado para que sejam criadas, formalizadas, desenvolvidas e consolidadas como agentes indutores de avanços tecnológicos e geração de emprego e renda²⁷, o Inova Simples não configura regime tributário especial mais benéfico para as *startups*, diferentemente do indicado em algumas notícias.²⁸

Admitindo a incerteza como condição inerente aos agentes envolvidos com o desenvolvimento da inovação²⁹, ao criar o Inova Simples o legislador determinou que seja: a) instituído³⁰ um rito sumário para abrir e fechar empresas³¹ de inovação voltadas a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, a produzir novidades incrementais em produtos ou serviços já existentes ou inovações disruptivas no mercado³²; b) feita a liberação automática do número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ)³³ como *startups* após o preenchimento do cadastro básico dessas empresas³⁴; c) criado um campo no portal da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas

²⁷ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, *caput*, incluído pela Lei Complementar nº 167/2019.

²⁸ Ver Vieira (2019), Inova... (2019) e Maganha (2019).

²⁹ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 2º.

³⁰ No portal da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim).

³¹ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 3º.

³² Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 1º.

³³ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 6º.

³⁴ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 4º, I a V.

e Negócios (Redesim) para a comunicação automática ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) de conteúdo inventivo da atividade empresarial desenvolvida para fins de registro de marcas e patentes³⁵; d) criado um mecanismo pelo INPI que concatene a recepção de dados fornecidos pela Redesim e o respectivo processamento sumário de solicitações de marcas e patentes de empresas submetidas ao Inova Simples. Permitiu também a comercialização experimental do serviço ou produto até o limite fixado para o microempreendedor individual (MEI)³⁶.

Se a Lei Complementar nº 167/2019 previu que o Inova Simples será regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional³⁷, por outro lado promoveu alteração na Lei Complementar nº 123/2006 para expressamente excluir a *startup* do regime jurídico tributário relativo ao Simples Nacional – regime tributário simplificado e diferenciado destinado aos sujeitos qualificados como Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP) (BRASIL, [2019c], 2019d)³⁸.

Analisando-se a realidade até julho de 2020, constatou-se que: a) sem fazer qualquer menção a benefícios fiscais, a esperada regulamentação do Inova Simples foi promovida pelo Comitê Gestor do Simples Nacional em 23/3/2020, por meio da edição da Resolução CGSIM nº 55 (BRASIL, 2020b), cuja vigência ocorrerá em 240 dias após a data de sua publicação; b) ainda não era possível no site da Redesim cadastrar a autodeclaração de *startup* ou empresa de

inovação³⁹; c) no site da RFB constava alerta da Secretaria-Executiva do Comitê Gestor do Simples Nacional segundo a qual a *startup* não poderá ser optante do Simples Nacional⁴⁰.

Se não lhe é permitido optar pelo Simples Nacional (BACELAR, 2012)⁴¹, resta à *startup* a opção pelo regime tributário do Lucro Real ou do Lucro Presumido, ambos implicando média de carga tributária superior a 20% ao mês. Sem definir o que vem a ser comercialização experimental de serviço ou produto até o limite fixado para o microempreendedor individual, além de impor limite de faturamento de até 81 mil reais por ano à *startup*, o legislador não oferece ao seu titular qualquer benefício fiscal para que se dedique a desenvolver empresa de caráter inovador.

A Lei Complementar nº 167/2019 admitiu não apenas a instalação da sede da *startup* em endereço comercial, residencial ou de uso misto, sempre que não proibido pela legislação municipal ou distrital, em parques tecnológicos, instituições de ensino, empresas juniores, incubadoras, aceleradoras e espaços compartilhados de trabalho na forma de *coworking*⁴², mas também a existência de apoio ou validação⁴³ dos que são tidos como agentes da cadeia de inovação.

³⁹ Ver Resultado... (c2018).

⁴⁰ Ver Empresa... (2019).

⁴¹ Embora, por determinação do art. 179 da CRFB, o Simples Nacional devesse apresentar-se como regime diferenciado e meio de incentivo para as microempresas e empresas de pequeno porte, por vezes se mostra inviável e contrário aos propósitos de sua criação previstos em âmbito constitucional. Vale conferir o estudo sobre as implicações dos créditos de ICMS para os optantes do Simples Nacional desenvolvido por Pessoa, Costa e Maccari (2016). Cunha (2010, p. 313-400), por sua vez, apresenta questionamento sobre a constitucionalidade do Simples Nacional, seja pela ofensa ao princípio federativo, em relação à parcela referente ao ICMS e ao ISS, seja pelo não respeito aos limites da praticabilidade tributária em relação ao IRPJ, IPI, CSLL, ICMS e ISS, salvo nos casos de isenção tributária dos três primeiros tributos. Para conferir a demonstração de maior onerosidade do Simples Nacional, ver Afonso (2016).

⁴² Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 4º, IV.

⁴³ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 4º, V.

³⁵ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 7º.

³⁶ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 10. Atualmente correspondente a 81 mil reais, conforme definido no Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 18-A, § 1º.

³⁷ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 13.

³⁸ Ver Lei Complementar nº 167/2019, art. 13, que alterou o art. 18-A, § 4º, V, da Lei Complementar nº 123/2006.

Porém, em nada resolveu o antigo impedimento legal de pequenas empresas inovadoras optarem pelo Simples Nacional se tiverem como sócias entidades da administração pública direta ou indireta⁴⁴. Essa lei deixou passar a oportunidade de oferecer soluções a essa questão, mantendo as dificuldades advindas do referido entendimento da RFB.

Ao vedar expressamente a opção da *startup* pelo Simples Nacional, a Lei Complementar nº 167/2019 feriu o princípio da isonomia tributária que impõe a desigualdade de tratamento entre os sujeitos passivos que estejam em situação desigual, na medida das desigualdades entre eles havidas (ALEXANDRE, 2018, p. 801-847). Ora, será que a desburocratização para criar a *startup* trazida pelo Inova Simples compensará o custo tributário com a adoção do Lucro Real ou Lucro Presumido?

5 Conclusão

A viabilidade econômica da utilização do Inova Simples por *startups* em muito dependerá da manutenção ou alteração da regulamentação de seu regime pelo Comitê Gestor do Simples Nacional.

Até o presente, pode-se dizer que a previsão na Lei Complementar de que os recursos capitalizados não constituirão renda, bem como serão destinados exclusivamente ao custeio dos projetos da *startup* submetida ao Inova Simples⁴⁵, não representa benefícios econômicos concretos, pois esse tratamento já é atribuído aos investimentos realizados em sociedades empresárias em geral.

A regulamentação do Inova Simples pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, editada

em 23/3/2020, não promoveu alterações nessa realidade.

Pela análise dessa regulamentação, verificou-se que o Comitê Gestor do Simples Nacional não decidiu que a comercialização de produtos ou serviços, quando feita de modo experimental, ocorrerá sem a cobrança de tributos. Ao contrário, limitou-se a definir o rito sumário para a abertura, a alteração e o fechamento de empresas submetidas ao Inova Simples; não trouxe o resultado que se esperava da Lei Complementar nº 167/2019: ela instituiria, com o Inova Simples, um regime jurídico tributário diferenciado e mais benéfico para as *startups* e empresas de inovação. Isso porque, se esse fosse o tratamento a ser adotado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, o impedimento instituído pela Lei Complementar nº 167/2019 para as *startups* optarem pelo Simples Nacional não representaria a manutenção do elevado custo tributário para se criarem e desenvolverem pequenas empresas inovadoras no Brasil. Nessa linha, continuaria congruente a instituição do Inova Simples, bem como a previsão de que, na eventualidade de não lograr êxito no desenvolvimento do escopo pretendido, a *startup* poderia contar com o benefício de baixa automática do cadastro no CNPJ, mediante procedimento de autodeclaração no portal da Redesim⁴⁶, sem qualquer passivo tributário constituído.

De outro modo, se a regulamentação do Comitê Gestor for mantida e continuar a impor às *startups* a cobrança de tributos considerando a adoção do regime tributário correspondente ao lucro real ou ao lucro presumido, conclui-se que, além de não ter contribuído para facilitar a remuneração da universidade pública ao atuar como incubadora de empresas inovadoras, o Inova Simples ainda instituiu regime jurídico tributário menos benéfico que o anterior.

⁴⁴ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 17, III.

⁴⁵ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 9º.

⁴⁶ Ver Lei Complementar nº 123/2006, art. 65-A, § 11.

Assim, é razoável esperar que a regulamentação produzida pelo Comitê Gestor seja alterada para definir um período para a comercialização experimental de produto ou serviço inovador – por exemplo, dois anos – e que durante esse termo não haja incidência tributária sobre tal atividade, pois esta será reconhecidamente desenvolvida em condições de elevada incerteza quanto ao seu êxito. No intuito de evitar abuso e uso distorcido do benefício fiscal sugerido, o Comitê poderá adicionalmente prever a constituição de passivo tributário, caso a *startup* se utilize do favor legal com desvio de finalidade.

Ao evitar que a *startup* pague tributo no período crítico de desenvolvimento da inovação, admitindo a não incidência tributária sobre a comercialização experimental provisória, o Estado brasileiro estará efetivamente, e não apenas de modo retórico, fomentando e incentivando o processo de criação. Consequentemente, o criador poderá concentrar seus esforços nos necessários e custosos experimentos que devem ser realizados durante a fase de teste, prototipagem e colocação de produto ou serviço inovador no mercado.

É imperioso, portanto, que o Comitê Gestor deixe claro, para evitar interpretações obstativas por parte da RFB, que tal benefício se estenderá à *startup* incubada em universidade pública, a qual, como se sabe, comporta elevado volume de saberes que podem e devem ser utilizados para fomentar a criação e o desenvolvimento de produtos, processos e serviços inovadores, oferecendo à sociedade tanto inovações disruptivas como incrementais.

Sobre a autora

Rubia Carneiro Neves é doutora em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professora de Direito Empresarial da graduação e de Sistema Financeiro Nacional, Negócios e Regulação da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: rubiacneves@ufmg.br

Como citar este artigo

(ABNT)

NEVES, Rubia Carneiro. Inova Simples aplicado ao modelo de remuneração da universidade pública por incubação de *startups*: um exame da Universidade Federal de Minas Gerais. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 227, p. 229-250, jul./set. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p229

(APA)

Neves, R. C. (2020). Inova Simples aplicado ao modelo de remuneração da universidade pública por incubação de *startups*: um exame da Universidade Federal de Minas Gerais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(227), 229-250. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/227/ril_v57_n227_p229

Referências

AFONSO, José Roberto. Simples versus complexo. *Cadernos FGV Projetos*, Rio de Janeiro, ano 11, n. 29, p. 28-43, dez. 2016. Disponível em: https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/caderno_simples_nacional_bx.pdf. Acesso em: 3 jun. 2020.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Simples Nacional*. Brasília, DF: ANFIP, 2012.

AZEVEDO, Ingrid Santos Cirio de; POZZOBON, Christian; CAMPOS, João Geraldo Cardoso; URRUTIA, Sofia Lorena; TEIXEIRA, Clarissa Stefani. Análise das incubadoras universitárias do Brasil. In: CONFERÊNCIA ANPROTEC DE EMPREENDEDORISMO E AMBIENTES DE INOVAÇÃO, 26., 2016, [Fortaleza]. [Anais]. [Fortaleza]: Anprotec, 2016.

BACELAR, Lúcia Souza. Simples Nacional: regime especial unificado de arrecadação de tributos. *Revista do Mestrado em Direito*, Brasília, DF, v. 6, n. 2, p. 377-411, jul./dez. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.18840/1980-8860/rvmd.v6n2p377-411>. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/3737>. Acesso em: 3 jun. 2020.

BARBOSA, Denis Borges (org.). *Direito da inovação: comentários à Lei federal de inovação, incentivos fiscais à inovação, legislação estadual e local, poder de compra do Estado (modificações à Lei de Licitações)*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARBOSA, Henrique Cunha. Usufruto societário: polêmicas e a importância da visão sistêmica e do bom regramento do instituto. In: BOTREL, Sérgio (coord.). *Direito societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 367-401.

BELLEGARDT, Friederike; GOHLKE, Jürgen; HAASE, Henriette; PARZONKA, Roman; SCHICKETANZ, Juliane. Triple helix and residential development in a science and technology park: the role of intermediaries. *Triple Helix*, [s. l.], v. 1, n. 10, p. 1-14, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1186/s40604-014-0010-1>. Disponível em: https://brill.com/view/journals/thj/1/1/article-p1_10.xml. Acesso em: 3 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969*. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1987]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0900.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986*. Altera o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2299.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Instrução Normativa DREI nº 38, de 2 de março de 2017*. Altera os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima aprovados pela Instrução Normativa nº 10, de 5 de dezembro de 2013. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2017a. Disponível em: http://www.in.gov.br/material/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20472376/do1-2017-03-03-instrucao-normativa-n-38-de-2-de-marco-de-2017-20472303. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Instrução Normativa DREI nº 63, de 11 de junho de 2019*. Altera a Instrução Normativa DREI nº 15, de 5 de dezembro de 2013, e o Manual de Registro de Sociedade Limitada, aprovado pela Instrução Normativa DREI nº 38, de 2 de março de 2017. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2019b. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-63-de-11-de-junho-de-2019-163602391>. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019*. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Brasília, DF: Presidência da República, 2019d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp167.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2019e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987*. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991*. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8248.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019g]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004*. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005*. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

_____. *Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. *Manual de registro: sociedade limitada*. Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/ANEXOS2019/Anexo_II_IN_38-2017_Manual_de_Registro_LTDA_-_alterado_pela_IN_63.pdf. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. Receita Federal. *Resolução CGSIM nº 55, de 23 de março de 2020*. Dispõe sobre o procedimento especial simplificado para a Empresa Simples de Inovação (Inova Simples), instituído pela Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019. [Brasília, DF]: Sistema Normas, 2020b. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=107993>. Acesso em: 27 jul. 2020.

_____. Receita Federal. *Solução de Consulta COSIT nº 196, de 5 de novembro de 2018*. Participação no capital de outra sociedade. Nu-proprietário de quotas sociais. Limites de receita bruta. Vedação [...]. [Brasília, DF]: Sistema Normas, 2018b. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=96489&visao=anotado>. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. Receita Federal. *Solução de Consulta COSIT nº 204, de 11 de julho de 2014*. Usufruto. Quotas de sociedade limitada. Adesão ao Simples Nacional. A gravação de usufruto sobre quotas de sociedade limitada configura modalidade de participação no capital, para os efeitos do Simples Nacional. [Brasília, DF]: Sistema Normas, 2014. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=55092>. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. Receita Federal. *Solução de Consulta DISIT/SRRF07 nº 7.008, de 16 de março de 2017*. Usufruto. Quotas de sociedade limitada. Adesão ao Simples Nacional. A gravação de usufruto sobre quotas de sociedade limitada configura modalidade de participação no capital, para os efeitos do Simples Nacional. [Brasília, DF]: Sistema Normas, 2017c. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=82722>. Acesso em: 4 jun. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CORDER, Solange; SALLES-FILHO, Sergio. Financiamento e incentivos ao Sistema Nacional de Inovação. *Parcerias Estratégicas*, [s. l.], v. 9, n. 19, p. 129-163, dez. 2004. Disponível em: http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/258. Acesso em: 4 jun. 2020.

CUNHA, Carlos Renato. *O Simples Nacional, a norma tributária e o princípio federativo: limites da praticabilidade tributária*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/23459/Microsoft%20Word%20-%20trabalho%20total%20com%20correcoes%20texto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 4 jun. 2020.

DINIZ, Davi Monteiro; NEVES, Rubia Carneiro. Da recente legislação sobre inovação e seus efeitos para as universidades federais. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 1-23, jul./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0014/2016.v2i2.1515>. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadipic/article/view/1515/1979>. Acesso em: 4 jun. 2020.

_____. (org.). *Direito e inovação: elementos centrais*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017. Disponível em: <https://ensinododireitoempresarial.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2018/04/interativo-low-1.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2020.

EMPRESA Simples de Crédito e o Inova Simples. *Simples Nacional*, [s. l.], 29 abr. 2019. Disponível em: <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Noticias/NoticiaCompleta.aspx?id=cf4e48c2-57e8-4328-b456-85787513801d>. Acesso em: 23 jul. 2020.

ETZKOWITZ, Henry. Innovation in innovation: the triple helix of university-industry-government relations. *Social Science Information*, [s. l.], v. 42, n. 3, p. 293-337, Sept. 2003a. DOI: <https://doi.org/10.1177/05390184030423002>.

_____. Research groups as 'quasi-firms': the invention of the entrepreneurial university. *Research Policy*, [s. l.], v. 32, n. 1, p. 109-121, 2003b. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0048-7333\(02\)00009-4](https://doi.org/10.1016/S0048-7333(02)00009-4). Disponível em: <http://www.chss.uqam.ca/Portals/0/docs/sts8020/%2827%29quasi-firm.etzkowit.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

FALCÃO, João Pontual de Arruda. *Startup law Brasil: o direito brasileiro rege mas desconhece as startups*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18186>. Acesso em: 5 jun. 2020.

FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. *Direito das startups*. São Paulo: Saraiva, 2018.

INCUBADORAS: chocando futuras empresas. *Diversa: Revista da Universidade Federal de Minas Gerais*, [Belo Horizonte], ano 5, n. 10, out. 2006. Disponível em: <https://www.ufmg.br/diversa/10/incubadoras.html>. Acesso em: 5 jun. 2020.

INOVA Simples: tudo que a sua startup precisa saber sobre o regime. *ContabNET*, Canoas, 29 abr. 2019. Disponível em: <https://contabnet.com.br/blog/inova-simples/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

IVANOVA, Inga A.; LEYDESDORFF, Loet. Rotational symmetry and the transformation of innovation systems in a triple helix of university-industry-government relations. *Technological Forecasting and Social Change*, [s. l.], v. 86, p. 143-156, July 2014. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2013.08.022>.

JOHNSON, William H. A. Roles, resources and benefits of intermediate organizations supporting triple helix collaborative R&D: the case of Precarn. *Technovation*, [s. l.], v. 28, n. 8, p. 495-505, Aug. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.technovation.2008.02.007>.

JÚDICE, Lucas Pimenta. Notas sobre a possibilidade de uma optante pelo Simples Nacional constituir uma sociedade em conta de participação. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (coord.). *Direito das startups*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 161-177.

JUNQUEIRA, Isabella Vilela; CASTRO, Vanessa Oliveira de. *Planejamento tributário: um estudo comparativo Simples Nacional x lucro presumido numa empresa de transporte de passageiros na cidade de Volta Redonda*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Contábeis) – Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016.

LEYDESDORFF, Loet. The triple helix: an evolutionary model of innovations. *Research Policy*, [s. l.], v. 29, n. 2, p. 243-255, Feb. 2000. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0048-7333\(99\)00063-3](https://doi.org/10.1016/S0048-7333(99)00063-3).

MAGANHA, Benny Willian. O Inova Simples e o novo regime jurídico para startups. *Nunes Duarte & Maganha Advogados*, [s. l.], 29 abr. 2019. Disponível em: <https://ndmadogados.com.br/artigos/o-inova-simples-e-o-novo-regime-juridico-para-startups>. Acesso em: 5 jun. 2020.

METCALFE, Amy Scott. Examining the trilateral networks of the triple helix: intermediating organizations and academy-industry-government relations. *Critical Sociology*, [s. l.], v. 36, n. 4, p. 503-519, July 2010. DOI: <https://doi.org/10.1177/0896920510365920>.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Manual de direito das coisas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MURAD, Neman Mancilha; NEVES, Rubia Carneiro. O usufruto de quotas como forma de remunerar a transferência de know how na incubação. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI: DIREITO EMPRESARIAL, 22., 2013, São Paulo. [Anais]. Florianópolis:

Funjab, 2013. p. 471-501. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=130>. Acesso em: 5 jun. 2020.

PACHECO, Carlos Américo. O financiamento do gasto em P&D do setor privado no Brasil e o perfil dos incentivos governamentais para P&D. *Revista USP*, São Paulo, n. 89, p. 256-276, mar./maio 2011. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i89p256-276>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13882>. Acesso em: 5 jun. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.

PESSÔA, Leonel Cesarino; COSTA, Giovane da; MACCARI, Emerson Antonio. As micro e pequenas empresas, o Simples Nacional e o problema dos créditos de ICMS. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 345-363, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201614>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/63626/61707>. Acesso em: 5 jun. 2020.

REIS, Maria Luísa Estanislau. Das sociedades não personificadas. In: ENSINO do Direito Empresarial. [Belo Horizonte], 24 ago. 2015. Disponível em: https://ensinododireitoempresarial.direito.ufmg.br/?page_id=130. Acesso em: 8 jun. 2020.

RESULTADO da busca por inova simples. *Redesim*, [s. l.], c2018. Disponível em: <http://www.redesim.gov.br/@@search?SearchableText=inova+simples>. Acesso em: 23 jul. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (7. Câmara Cível). *Apelação nº 0003272-47.1993.8.19.0000*. Sociedade limitada. Usufruto das cotas. Possibilidade. Reserva do direito de voto que não pode ser usado contra os interesses do usufrutuário, ex-empregado a quem se concedeu usufruto dos direitos a percepção dos lucros durante período certo em contemplação dos trabalhos realizados em favor da empresa [...]. Apelante: Sotrel Engenharia Ltda e outros. Apelado: Jose Gracia Junior. Relator: Des. Gustavo Adolpho Kuhl Leite, 3 de setembro de 1996. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/426775090/apelacao-apl-32724719938190000-rio-de-janeiro-capital-32-vara-civel>. Acesso em: 8 jun. 2020.

SALES, Matheus Vinícius Lage; QUEIROZ, Gustavo Lemes de. Os instrumentos de estímulo à inovação nas empresas trazidos pela Lei nº 13.243/2016 e seu comparativo com a lei mineira. In: SOARES, Fabiana de Menezes; PRETE, Esther Küllkamp Eying (org.). *Marco regulatório em ciência, tecnologia e inovação*: texto e contexto da Lei nº 13.243/2016. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 133-155.

SILVA, Luana Naves Ferreira. *Incentivos fiscais ao esforço inovativo e à inovação no Brasil*: uma análise crítica da gestão governamental. 2018. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Araraquara, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/153299>. Acesso em: 8 jun. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. (Publicação, 164).

UFMG assina convênio de transferência de tecnologia com empresa de TI. *UFMG*, Belo Horizonte, 28 nov. 2011. Disponível em: <https://www.ufmg.br/online/arquivos/021897.shtml>. Acesso em: 8 jun. 2020.

VERSIANI, Fernanda Valle. *Usufruto de participações societárias*: uma visão de planejamento sucessório em empresas familiares. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VIEIRA, Lucas Bezerra. Inova Simples: o novo regime tributário para startups. *Jornal Contábil Rede*, [s. l.], 27 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/inova-simples-o-novo-regime-tributario-para-startups/>. Acesso em: 9 jun. 2020.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00227